

**Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit
und die Leistungsverwaltung**

Max Völcker

1960



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555220_0032

**Der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit
und die Leistungsverwaltung**

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von
Max Völcker

München 1960

Referent: Professor Dr. Theodor MAUNZ
Korreferent: Professor Dr. Hans SPANNER

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Dezember 1960



INHALTSVERZEICHNIS

Einleitung	1
------------------	---

ERSTES KAPITEL

DER GRUNDSATZ DER GESETZMÄSSIGKEIT

Erster Abschnitt. Die Ursprünge des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit im ständischen Justizstaat und im absolutistischen Polizeistaat	2
--	---

I. Das Steuerbewilligungsrecht der Stände im ständischen Justizstaat	2
II. Die Fiskuslehre im absolutistischen Polizeistaat	3

Zweiter Abschnitt. Die Entwicklung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit im bürgerlichen Rechtsstaat	5
---	---

I. Die Gewaltenteilungslehre als Voraussetzung	5
--	---

1. Die Lehre Lockes	5
---------------------------	---

2. Die Lehre Montesquieus	6
---------------------------------	---

II. Die Entwicklung in der frühkonstitutionellen Zeit	6
---	---

1. Das Prinzip vom Vorrang des Gesetzes	7
---	---

2. Noch keine Geltung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes	8
---	---

3. Die Bestätigung der theoretischen Erkenntnisse durch Praxis und Lehre	11
--	----

III. Die Entwicklung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit in der spätkonstitutionellen Zeit und in der Zeit der Weimarer Verfassung	12
---	----

1. Das Aufkommen des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes in den siebziger Jahren des 19. Jahrhunderts	12
---	----

2. Die weitere Entwicklung bis in die Zeit der Weimarer Verfassung ..	14
---	----

a. Die Auswirkung der Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Gesetz	15
--	----

b. Die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis	16
--	----

IV. Berührungspunkt mit der Lehre von der Gewaltenteilung	17
---	----

Dritter Abschnitt. Die Entwicklung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit im sozialen Rechtsstaat	18
---	----

I. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit findet Eingang in das Grundgesetz	18
---	----

II. Begriffliche Klarstellungen	19
---------------------------------------	----

1. Die Prinzipien vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes	19
a. Das Prinzip vom Vorrang des Gesetzes	21
b. Das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes	21
2. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung	22
a. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit als Oberbegriff der Prinzipien vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes	22
b. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit steht stellvertretend für das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes	23
III. Der notwendige Inhalt des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit für strengere Lehren im heutigen sozialen Rechtsstaat	25

ZWEITES KAPITEL DIE LEISTUNGSVERWALTUNG

Erster Abschnitt. Das Aufkommen der Leistungsverwaltung und ihre Entwicklung	27
I. Die ersten Beispiele von Leistungsverwaltung	27
II. Das ständige Anwachsen der Leistungsverwaltung	29
III. Die Behandlung der Leistungsverwaltung in der früheren Literatur ..	30
Zweiter Abschnitt. Der Begriff der Leistungsverwaltung	32
I. Begriffsbestimmung und Synonyma	32
II. Abweichende Auffassungen und Abgrenzungen	33
1. Der Begriff der Leistungsverwaltung bei Kreutzer	33
2. Der Begriff der Leistungsverwaltung bei Hans J. Wolff	34
3. Der Begriff der Leistungsverwaltung bei Forsthoff	36
4. Der Begriff der Leistungsverwaltung bei Becker	39
5. Weitere Abgrenzungen	41
Dritter Abschnitt. Die einzelnen Leistungen der Verwaltung	41
I. Der "eingriffsmildernden" Leistungen	44
II. Die positiven Leistungen	45
1. Die Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge	45
a. Leistungen im Bereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung	46
b. Leistungen im sozialen Bereich	46
c. Leistungen im wirtschaftlichen Bereich	47
d. Leistungen im kulturellen Bereich	48

2. Die Leistungen zur Überwindung von Notlagen	49
a. Leistungen zur Überwindung von Notlagen einzelner	49
b. Leistungen zur Überwindung allgemeiner Notlagen	49
3. Die Einzelförderungsmaßnahmen	50
III. Leistungen, denen eine Gegenleistung gegenübersteht	53
1. Leistungen im Rahmen der Hilfgeschäfte der Verwaltung ...	53
2. Leistungen bei rein erwerbswirtschaftlicher Betätigung der Verwaltung	53
Vierter Abschnitt. Die Träger der Leistungsverwaltung	55
I. Der Bund, die Länder und die Gemeinden	55
1. Die nichtrechtsfähigen Anstalten	56
2. Die rechtsfähigen Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts	58
3. Die Eigengesellschaften und gemischtwirtschaftlichen Unter- nehmungen	59
II. Die beauftragten, beliehenen und indienstgestellten Personen des Privatrechts	60
Fünfter Abschnitt. Die Formen der Leistungsverwaltung	62
I. Die Hoheitsverwaltung	62
1. Die obrigkeitliche Verwaltung	63
2. Die nichtobrigkeitliche Verwaltung (Schlichte Hoheitsver- waltung)	63
II. Die Verwaltung in privatrechtlichen Formen	67
III. Die Zwei-Stufen-Konstruktion	69

DRITTES KAPITEL

DER GRUNDSATZ DER GESETZMÄSSIGKEIT UND DIE LEISTUNGSVERWALTUNG

Erster Abschnitt. Die Geltung des Prinzips vom Vorrang des Gesetzes in der Leistungsverwaltung	74
I. Die Geltung des Prinzips vom Vorrang des Gesetzes im Bereich der Hoheitsverwaltung	74
II. Die Geltung des Prinzips vom Vorrang des Gesetzes im Bereich der sich in privatrechtlichen Formen abwickelnden Verwaltung .	77

Zweiter Abschnitt. Das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes bei Einzelakten der Leistungsverwaltung	78
I. Keine Anhaltspunkte im Grundgesetz für eine allgemeine Geltung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes	79
1. Die Bestimmung des Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz	79
2. Der Gesetzgebungskatalog der Art. 73 ff. des Grundgesetzes ...	81
3. Die Überschrift zum Abschnitt VIII des Grundgesetzes	82
4. Die Vorschrift des Art. 115 Grundgesetz	83
5. Die Rechtsstaatsklausel des Grundgesetzes	85
a. Die Rechtsauffassungen in der Literatur	86
b. Die Rechtsauffassungen in der Rechtsprechung	95
II. Keine allgemeine Geltung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes in der Leistungsverwaltung	99
1. Keine Festlegung durch die historische Entwicklung	99
2. Ausreichen der allgemeinen Bindungen der Leistungsverwaltung .	101
a. Die Bindung durch den Vorrang des Gesetzes	102
b. Die Bindung an die anerkannten Rechtsgrundsätze des Verwaltungshandelns	104
c. Die Bindung durch den Vorrang der Verfassung	107
3. Ausräumung von Einwänden	108
4. Folgerungen für die schlichte Hoheitsverwaltung und die Verwaltung in privatrechtlichen Formen	111
III. Ausnahmen von der Nichtgeltung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes?	113
1. Die Geltung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes bei janusköpfigen Verwaltungsakten	113
2. Die Geltung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes bei "eingriffsmildenden" Leistungen	114
3. Die Zulässigkeit belastender Nebenbestimmungen bei der Gewährung von Leistungen	116
4. Das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes im besonderen Gewaltverhältnis	121

Dritter Abschnitt. Das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes bei Rechtsetzungsakten im Bereich der Leistungsverwaltung	125
I. Der Erlass von Rechtsverordnungen	125
II. Der Erlass autonomer Satzungen	128
Schlussbetrachtung	132

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	anderer Ansicht
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AG.	Aktiengesellschaft
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
Bad.-WürttVerf.	Verfassung des Landes Baden-Württemberg vom 11.11.1953, GBl. 173.
BAGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BayBS	Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVerf.	Verfassung des Freistaates Bayern vom 2.12.46, BayBS I S. 3.
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
bayVGH	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs (I. Teil) mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs (II. Teil)
BB	Der Betriebsberater
Bd., Bde.	Band, Bände
BerlVerf.	Verfassung von Berlin vom 1.9.1950, VBl. 433.
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896, RGBL. 195.
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BremVerf.	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 21.10.1947, GBl. 251.
BSG	Bundessozialgericht
BVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Amtliche Sammlung der Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht
DVB1.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
Einf.	Einführung
Erl.	Erläuterung
f., ff.	und folgende (Seite, Seiten)
Fussn.	Fussnote
GB1.	Gesetzblatt
GemMinBl.	Gemeinsames Ministerialblatt, herausgegeben vom Bundesministerium des Innern
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, BGB1. 1.
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GS NW	Sammlung des bereinigten Landesrechts Nordrhein-Westfalen
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
Halbbd.	Halbband
HambVerf.	Verfassung der Freien Hansestadt Hamburg vom 6.6.1952, GVBl. 117
HdBdStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, herausgegeben von G. Anschütz und R. Thoma, 2 Bände, 1930/32.
HessVerf.	Verfassung des Landes Hessen vom 1.12.1946, GVBl. 229.
i. d. F.	in der Fassung
JÖR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
LM	Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, herausgegeben von Lindenmaier und Möhring
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift des Deutschen Rechts
n. F.	neue Folge

NiedersachsVerf.	Vorläufige Niedersächsische Verfassung vom 13.4.1951, GVBl. 103.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nordrh. -WestfVerf.	Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28.6.1950, GVBl. 127.
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PrVerwBl.	Preussisches Verwaltungsblatt
Randnr.	Randnummer
RdA	Recht der Arbeit
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rheinl. -PfalzVerf.	Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18.5.1947, VBl. 209.
RHO	Reichshaushaltsordnung vom 31.12.1922, RGBl. 1923 II S. 17.
RMBIIV.	Ministerialblatt des Reichs- und Preussischen Ministers des Innern
S.	Seite
s.	siehe
SaarlVerf.	Verfassung des Saarlandes vom 15.12.1947, ABl. 1077.
Schl. -HolstVerf.	Landessatzung für Schleswig-Holstein vom 13.12.1949, GVBl. 1950, 3.
Tit.	Titel
VBl.	Verordnungsblatt
Verf.	Verfassung
VerwA	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland, herausgegeben von G. Ziegler
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
z.B.	zum Beispiel
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht

LITERATURVERZEICHNIS

Anschütz, Gerhard: Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts, PrVerwBl. 22, 1900/01, S. 83 ff.

- Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des Kgl. Verordnungsrechts nach preussischem Staatsrecht, 2. Aufl. 1901.
- Die Verfassungs-Urkunde für den Preussischen Staat. Vom 31.1.1850. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis, Bd. 1, 1912.
- Grundzüge des Deutschen Staatsrechts (Sonderabdruck aus Enzyklopädie der Rechtswissenschaft, Bd. 2), 1903.

Antoniolli, Walter: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954.

Bachof, Otto: Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.6.1955, JZ 1956, S. 35 f.

- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL Heft 12, 1954, S. 37 ff.
- Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: gelöste und ungelöste Probleme, DÖV 1953, S. 417 ff.

Bähr, Otto: Der Rechtsstaat, 1864.

Becker, Erich: Die Leistungsaufgaben der öffentlichen Verwaltung, Die Einnahme (Fachzeitschrift für die gesamte Finanzwirtschaft der pfälzischen Gemeinden und Gemeindeverbände) 1956, S. 213 ff.

- Entwicklung und Aufgaben der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge, 1957, S. 9 ff.
- Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL Heft 14, 1956, S. 96 ff.

Blaum, Kurt: Öffentliche Verwaltung und wirtschaftliche Unternehmen, DVBl. 1958, S. 666 ff.

Bühler, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914.

Burckhardt, W.: Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. Aufl. Bern 1931.

Dennewitz, Bodo: Kommentar zum Bonner Grundgesetz (Bonner Kommentar), fortgeführt von Kurt Georg Wemcke, seit 1950.

Dickmann, Herbert: Die Beseitigung behördlicher Bewilligungen durch Aufhebung oder Widerruf, DÖV 1957, S. 278 ff.

Duhmer, Wilhelm: Das öffentliche Vermögen. Schriften des Instituts "Finanzen und Steuern" Bonn, Heft 35, 1955.

Dürig, Günter: Das Eigentum als Menschenrecht, ZgesStW Bd. 109, 1953, S. 326 ff.

- Die Geltung der Grundrechte für den Staatsfiskus und sonstige Fiskalate, BVBl. 1959, S. 201 ff.
- Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, S. 157 ff.
- Literaturbesprechung (Menger: Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz) AöR Bd. 79, 1953/54, S. 254 ff.
- Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, S. 193 ff.

Eyermann, Erich und Fröhler, Ludwig: Kommentar zum Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern, Bremen, Hessen und Württemberg-Baden, 1950.

Fechner, Erich: Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat. Recht und Staat, Heft 174, 1953.

Fischerhof, Hans: "Daseinsvorsorge" und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960, S. 41 ff.

- Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957, S. 305 ff.

Fleiner, Fritz: Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928.

Flessa, Richard: Schuldverhältnisse des Staates auf Grund Verwaltungsrechts, DVBl. 1957, S. 81 ff. und 118 ff.

- Staatsbürgschaften Bayerns und des Bundes, BVBl. 1960, S. 81 ff.

Forsthoff, Ernst: Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.10.1956, DVBl. 1957, S. 724 ff.

- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL Heft 12, 1954, S. 8 ff.
- Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, 1931.
- Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938.
- Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 1958.

- Friesenhahn, Ernst: Die internationale Deklaration der Menschenrechte, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2, 1950, S. 61 ff.
- Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2, 1950, S. 239 ff.
- Fuss, Ernst-Werner: Die Überschreitung des Wirkungskreises juristischer Personen des öffentlichen Rechts, DÖV 1956, S. 566 ff.
- Füsslein, R.W.: Deutsche Verfassungen. Grundgesetz und deutsche Länderverfassungen, 3. Aufl. 1959.
- v. Gamm, Otto-Friedrich: Das Verwaltungshandeln und der Rechtsweg, NJW 1957, S. 1055 ff.
- v. Gerber, Carl Friedrich: Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl. 1880.
- Gerber, Hans: Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AöR Bd. 81, 1956, S. 1 ff.
- Giese, Friedrich: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1955.
- v. Gneist, Rudolf: Der Rechtsstaat, 1. Aufl. 1872.
- Grässlin, Gustav Adolf: Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, Dissertation, Freiburg im Breisgau, 1939.
- Haas, Diether: Landesverordnungen auf Grund bundesgesetzlicher Ermächtigung, DVBl. 1954, S. 421 ff.
- Hamann, Andreas: Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, 1958.
- Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1956.
 - Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958.
 - Die Bindung der staatlichen Organisationsgewalt an die Gesetzgebung, NJW 1956, S. 1 ff.
 - Die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung im wirtschaftlichen Bereich, BB 1955, S. 105 ff.
 - Öffentliche Kredite und Bürgschaften, BB 1953, S. 865 ff.
 - Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, 1953.
 - Wirtschaftswerbung im Rundfunk und Fernsehen, NJW 1957, S. 1422 ff.
- Hamel, Walter: Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957.

- Hatschek, Julius: Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 5./6. Aufl. 1927, herausgegeben von Kurtzig.
- Haueisen: Öffentlichrechtliche Vorfragen im Zivilprozess, NJW 1953, S. 121 ff.
- Heller, Hermann: Staatslehre, herausgegeben von Gerhart Niemeyer, 1934.
- Helmreich, Karl und Widtmann, Julius: Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar, 2. Aufl. 1959.
- Herrnritt, Rudolf Herrmann: Grundlehren des Verwaltungsrechts, 1921.
- Hettlage, Karl-Maria: Verfassungsfragen öffentlicher Unternehmen, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, 1957, S. 279 ff.
- Hölzl, Josef und Rollwagen, Hans: Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Kommentar, 2. Aufl. 1953.
- Huber, Ernst Rudolf: Beliehene Verbände, DVBl. 1952, S. 456 ff.
- Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 97 ff., 135 ff., 172 ff., 200 ff.
 - Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2 Bände, 2. Aufl. 1953/54.
- Huber, Hans: Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, 1953, S. 59 ff.
- v. Humboldt, Wilhelm: Ideen über Staatsverfassung, durch die neue französische Constitution veranlasst, Klassiker der Politik, Bd. 6, 1922, S. 1 ff.
- Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, Klassiker der Politik, Bd. 6, 1922, S. 10 ff.
- Imboden, Max: Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 1954.
- Ipsen, Hans Peter: Aktionär und Sozialisierung. Verkehrs- und Energiewirtschaft, 1949.
- Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL Heft 10, 1952, S. 74 ff.
 - Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, in: Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für Erich Kaufmann, 1950, S. 141 ff.
 - Gleichheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 111 ff.
 - Öffentliche Subventionierung Privater, 1956. Abgedruckt auch im DVBl. 1956, S. 461 ff., 498 ff., 602 ff.

Ipsen, Hans Peter: Rechtsfragen der Investitionshilfe, AöR Bd. 78, 1952/53, S. 284 ff.

Jellinek, Georg: Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1929, unveränderter 6. Neudruck 1959.

- Gesetz und Verordnung. Staatsrechtliche Untersuchungen, 1887.

- System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905.

Jellinek, Walter: Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, unveränderter Neudruck 1948.

Jentsch, Ulrich: Zum Begriff des öffentlichen Rechts, DÖV 1956, S. 299 ff.

Jerrentrup, Friedrich Wilhelm: Denkmalschutz als gesetzliche Aufgabe, DÖV 1958, S. 98 ff.

Jesch, Dietrich: Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, 1956.

- Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR Bd. 82, 1957, S. 163 ff.

v. Jhering, Rudolf: Der Zweck im Recht, 2 Bände, 1. Aufl. 1877/83.

Kägi, Werner: Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaats seit 1848, ZSR n.F. Bd. 71, 1952, S. 173 ff.

Kaufmann, Erich: Verwaltung, Verwaltungsrecht, in: Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begründet von Stengel, 2. Aufl. herausgegeben von Fleischmann, Bd. 3, 1914, S. 688 ff.

Kelsen, Hans: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923.

Klein, Friedrich: Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht, in: Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat. Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., Bd. 12, 1952, S. 79 ff.

- Verordnungsmächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht, in: Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat. Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., Bd. 12, 1952, S. 7 ff.

Klüber, Hans: Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung, DVBl. 1957, S. 827 ff.

Koellreutter, Otto: Deutsches Staatsrecht, 1953.

Koellreutter, Otto: Staatslehre im Umriss, 1955.

Köttgen, Arnold: Der Einfluss des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, JöR n.F. Bd. 3, 1954, S. 67 ff.

- Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung, DVBl. 1957, S. 441 ff.
- Die Organisationsgewalt, VVDStRL Heft 16, 1958, S. 154 ff.
- Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl. 1953, S. 485 ff.
- Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausgabenwirtschaft des Bundes, Der Städtetag 1952, S. 3 ff.
- Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VVDStRL Heft 6, 1929, S. 105 ff.

Krause, Hermann: Der verteilende Staat, in: Beiträge zum Recht der Wasserwirtschaft und zum Energierecht, Festschrift für Paul Gieseke, 1958, S. 1 ff.

Kreutzer, Heinz: Verwaltung, in: Das Fischer-Lexikon, Band: Staat und Politik, 1957, S. 306 ff.

Krüger, Herbert: Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL Heft 15, 1957, S. 109 ff.

- Der Verwaltungsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, NJW 1953, S. 1369 ff.
- Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955, S. 381 ff., 450 ff., 518 ff.
- Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik, DÖV 1956, S. 550 ff.
- Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 1951, S. 361 ff.

Laband, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 4 Bände, 5. Aufl. 1911/14.

Laforet, Wilhelm: Verwaltung und Ausführung der Gesetze nach dem Bonner Grundgesetz, DÖV 1949, S. 219 ff.

Laufke, Franz: Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts, Festschrift für Heinrich Lehmann, Bd. 1, 1956, S. 145 ff.

Leuthold, C.E.: Das Königlich Sächsische Verwaltungsrecht, 1878.

Loening, Edgar: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1884.

Löffler: Private Wirtschaftswerbung durch öffentliche Rundfunkanstalten?, BB 1956, S. 729 ff.

Loschelder, Wilhelm: Die Gemeindeordnungen, 2. Aufl. 1956.

- Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung, DVBl. 1957, S. 819 ff.

Löw, Konrad: Fiskalgeltung der Grundrechte, DÖV 1957, S. 879 ff.

Mang, Johann: Verwaltungsrecht in Bayern, 2 Bände, 1952.

v. Mangoldt, Hermann: Das Bonner Grundgesetz, 1953.

- Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten, VerwA Bd. 37, 1932, S. 101 ff.

v. Mangoldt, Hermann und Klein, Friedrich: Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957.

Masson, Christoph: Anmerkung zum Urteil des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 3.12.1959, BVBl. 1960, S. 59.

- Gemeindeaufgaben im Schutz der Verfassung, BVBl. 1958, S. 161 ff., 197 ff.
- Ortsrecht und Verfassung, BVBl. 1958, S. 306 ff.

Maunz, Theodor: Deutsches Staatsrecht, 9. Aufl. 1959.

- Gesetzmässigkeit des Fernsehens, BVBl. 1957, S. 4 ff.
- Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerwA Bd. 50, 1959, S. 315 ff.
- Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, 1933.
- Ungeschriebene Bundeszuständigkeit, DÖV 1950, S. 643 ff.

Maunz, Theodor und Dürig, Günter: Grundgesetz, Kommentar, seit 1958. 3. Lieferung 1960.

Mayer, F.F.: Grundsätze des Verwaltungsrechts mit besonderer Rücksicht auf gemeinsames deutsches Recht, 1862.

Mayer, Franz: Normsetzungsermächtigung und Normsetzungsverfahren, BVBl. 1958, S. 293 ff. und 329 ff.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 2 Bände, 3. Aufl. 1924.

Menger, Christian Friedrich: Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, 1953.

- Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 3, Halbbd. 2, 1959, S. 717 ff.

Menger, Christian Friedrich: Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwA Bd. 50, 1959, S. 193 ff.

- Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, S. 587 ff.

- System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954.

Merkel, Adolf: Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1927.

Meyer, Georg: Lehrbuch des Deutschen Verwaltungsrechts, 1883.

v. Mohl, Robert: Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 2 Bände, 2. Aufl. 1840.

- Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats, 3 Bände, 3. Aufl. 1866.

Molitor, Erich: Über öffentliches Recht und Privatrecht, 1949.

Montesquieu, Charles: Vom Geist der Gesetze (De l' esprit des lois), herausgegeben von Ernst Forsthoff, 2 Bände, 1951.

Nawiasky, Hans: Allgemeine Staatslehre, 4 Teile, 1945/58.

- Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950.

Nawiasky, Hans und Leusser, Claus: Die Verfassung des Freistaates Bayern, Handkommentar, 1948.

Nawiasky, Hans und Lechner, Hans: Die Verfassung des Freistaates Bayern, Ergänzungsband zum Handkommentar von Nawiasky-Leusser, 1953.

Nebinger, Robert: Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1949.

Nipperdey, Hans Carl: Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 1 ff.

- Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, S. 121 ff.

Obermayer, Klaus: Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes, DVBl. 1959, S. 354 ff.

- Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, Leitsätze zum Mitbericht auf der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer 1959 in Erlangen, DÖV 1959, S. 856 ff.

- Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956.

- Partsch, Karl Josef: Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen. Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 221, 1958.
- Peters, Hans: Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: Festschrift für Rudolf Laun, 1953.
- Die Gewaltentrennung in moderner Sicht. Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, Heft 25, 1954.
 - Die Satzungsgewalt innerstaatlicher Verbände, HdBdStR Bd. 2, 1932, S. 264 ff.
 - Die Stellung des Bundes in der Kulturverwaltung nach dem Bonner Grundgesetz, in: Um Recht und Gerechtigkeit, Festgabe für Erich Kaufmann, 1950, S. 281 ff.
 - Die Wandlungen der öffentlichen Verwaltung in der neuesten Zeit. Kölner Universitätsreden, 1954.
 - Lehrbuch der Verwaltung, 1949.
- Pfeiffer, Gerd: Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, 1959.
- Plappert, Werner: Das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in der württembergischen Verwaltungsrechtspflege. Tübinger Abhandlungen zum öffentlichen Recht, 1929.
- Ramstein, Kurt: Die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Winterthur 1959.
- Rasch, E.: Die Behörde, VerwA Bd. 50, 1959, S. 1 ff.
- Reuss, Hermann: Freiheit und Bindung im Rechtsstaat, DVBl. 1959, S. 533 ff.
- Richter, Ernst-Günther: Neue Rechtsformen für das Leistungsverwaltungsrecht, NJW 1958, S. 1518 f.
- Roos, Gottfried: Der Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, in: Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein, Bern 1955, S. 117 ff.
- Rosenberg, Leo: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 8. Aufl. 1960.
- Rosenthal, Eduard: Der Wandel der Staatsaufgaben in der letzten Geschichtsperiode 1913.
- Rosin, Heinrich: Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen, 1. Aufl. 1882.
- Rupp, Hans Heinrich: Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, DVBl. 1958, S. 113 ff.

v. Sarwey, O.: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1884.

- Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880.

Scheuner, Ulrich: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL Heft 11, 1954, S. 1 ff.

- Grundfragen des modernen Staates, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 3, 1951, S. 126 ff.

Schmitt, Carl: Verfassungslehre, 1928, unveränderter Neudruck 1954.

Schoen, Xaver: Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, S. 137 ff.

Schüle, Adolf: Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL Heft 11, 1954, S. 75 ff.

Siebert, Wolfgang: Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953, S. 215 ff.

- Zur neueren Rechtsprechung über die Abgrenzung von Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, DÖV 1959, S. 733 ff.

Sombart, Werner: Der moderne Kapitalismus, Bd. 3: Das Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus, 1927.

Spanner, Hans: Organisationsgewalt und Organisationsrecht, DÖV 1957, S. 640 ff.

Stahl, Friedrich Julius: Die Philosophie des Rechts, Bd. 2: Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Weltanschauung, 2. Abteilung: Die Staatslehre und die Prinzipien des Staatsrechts, 3. Auflage, 1856.

v. Stein, Lorenz: Die Verwaltungslehre, 8 Bände, 1. Auflage ab 1865.

Stern, Klaus: Schlichte Verwaltungsäusserungen, BVBl. 1957, S. 44 ff. und 86 ff.

- Vertragliche Grenzen der Organisationsgewalt?, BVBl. 1960, S. 181 ff.
- Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerwA Bd. 49, 1958, S. 106 ff.

Stier-Somlo, Fritz: Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preussisch-deutsche Verwaltungsrecht, 1900.

Sultan, Herbert und Abendroth, Wolfgang: Bürokratischer Verwaltungsstaat und soziale Demokratie. Beiträge zu Staatslehre und Staatsrecht der Bundesrepublik 1955.

Thieme, Werner: Die besonderen Gewaltverhältnisse, DÖV 1956, S. 521 ff.

Thoma, Richard: Der Polizeibefehl im badischen Recht, dargestellt auf rechtsvergleichender Grundlage, 1. Teil, 1906.

- Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmässigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, HdBdStR Bd. 2, 1932, S. 221 ff.
- Der Vorbehalt des Gesetzes im preussischen Verfassungsrecht, in: Festgabe für Otto Mayer, 1916, S. 165 ff.
- Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, JöR Bd. 4, 1910, S. 196 ff.

Torz, Robert: Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, DÖV 1958, S. 205 ff.

v. Turegg, Kurt Egon: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 1956.

Ule, Carl-Hermann: Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL Heft 15, 1957, S. 133 ff.

- Über das Verhältnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, in: Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge, 1957, S. 127 ff.

Wacke, Gerhard: Die Finanzverfassung, DÖV 1955, S. 577 ff.

Weber, Werner: Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 1940.

- Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, in: Festschrift für Carl Schmitt, 1959, S. 253 ff.

Werner, Fritz: Die Zuständigkeit des Bundes für ein Bundesbaugesetz, DVBl. 1954, S. 481 ff.

- Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, S. 527 ff.

Winkler, Günther: Der Bescheid, Wien 1956.

Wintrich, Josef: Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs zum Problem des übergesetzlichen Rechts, zu den elementaren Grundrechten, zum Rechtsstaatsprinzip, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4, 1953, S. 139 ff.

- Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, in: Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit, Festschrift für Wilhelm Laforet, 1952, S. 227 ff.

Wolff, Bernhard: Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, AöR Bd. 78, 1952/53, S. 194 ff.

Wolff, Hans J.: Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR Bd. 76, 1950, S. 205 ff.

- Verwaltungsrecht I. Ein Studienbuch, 3. Aufl. 1959.

Zeiss, Friedrich: Die Versorgungs- und Verkehrsbetriebe als wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden nach den Deutschen Gemeindeordnungen, DÖV 1958, S. 201 ff.

E I N L E I T U N G

Hauptaufgabe einer Behandlung des Themas "Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit und die Leistungsverwaltung" kann nur sein, die Wirkungen aufzuzeigen, die der Grundsatz der Gesetzmässigkeit gegenüber der Leistungsverwaltung äussert. Da aber die Begriffe des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit und der Leistungsverwaltung in der Staats- und Verwaltungsrechtslehre bisher keine so eindeutige, klar umrissene Ausprägung gefunden haben, dass man ohne weiteres von ihnen ausgehen könnte, müssen vor der eigentlichen Erörterung des Themas die Begriffe des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit und der Leistungsverwaltung näher erläutert und umschrieben werden. Dies wird in den beiden ersten Kapiteln geschehen. Dabei ist es - insbesondere für die Kennzeichnung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit - unumgänglich, auch auf die historische Entwicklung der Begriffe einzugehen. Erst im dritten Kapitel sollen dann der Grundsatz der Gesetzmässigkeit und die Leistungsverwaltung konfrontiert werden.

ERSTES KAPITEL DER GRUNDSATZ DER GESETZMÄSSIGKEIT

ERSTER ABSCHNITT.

DIE URSPRÜNGE DES GRUNDSATZES DER GESETZMÄSSIGKEIT IM STÄNDISCHEN JUSTIZSTAAT UND IM ABSOLUTISTISCHEN POLIZEISTAAT.

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung im Sinne der heute vorwiegend herrschenden Auffassung als der Oberbegriff der Prinzipien vom Vorrang und vom Vorbehalt des Gesetzes hat sich in Deutschland im Laufe des 19. Jahrhunderts herausgeschält. Seine Anfänge liegen aber schon früher.

I. Das Steuerbewilligungsrecht der Stände im ständischen Justizstaat.

Ein Ursprung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit liegt zweifellos im Steuerbewilligungsrecht der Stände. Die Landesherren im ständischen Staat waren ebenso wie heute jede staatliche Organisation auf steuerliche Erträge angewiesen. Die Einnahmen aus den eigenen Gütern reichten im Laufe der Zeit nicht mehr aus, zumal da die Landesherren auch für die Kosten eines stehenden Heeres aufkommen mussten, und eine unmittelbar landesherrliche Verwaltung im Aufbau begriffen war 1). Die Mittel hierfür konnten in den einzelnen Territorien durch Steuern und Umlagen nur dann erhoben werden, wenn die Ständevertretungen ihr Einverständnis dazu gaben. Sie setzten praktisch die Steuern der Höhe nach fest. Das bedeutete gegenüber dem Landesherren einerseits eine Machtstellung der Stände, andererseits aber auch eine Abwehrstellung; denn einmal war der Landesherr von der Gunst der Stände abhängig, zum anderen aber konnten sich die Stände gegen eine finanzielle Ausbeutung durch den Landesherrn abschirmen. Steuern konnten nur dann erhoben werden, wenn sie vorher förmlich bewilligt waren. Ganz gleichgültig, wie diese Bewilligung der Stände über die Bühne ging, ob in Form eines Gesetzes oder durch schlichtes Handaufheben im Rahmen einer Abstimmung, hier kommt bereits die Vorstellung vom Vorbehalt des Gesetzes auf: Keine Massnahme ohne Ermächtigung.

Ebenso könnte man vom Vorrang des Gesetzes im Ständestaat schon sprechen. Wenn es auch ein eigentliches Verwaltungsrecht zu dieser Zeit noch nicht gab, so war doch die aufkommende landesherrliche und die ständische Verwaltung an

1) Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 7. Aufl. 1958, S. 20.

das allgemeine Recht gebunden 1). Wurde in einer Verwaltungsangelegenheit gegen das allgemeine Recht verstossen, so konnte die Sache vor das seit 1495 bestehende Reichskammergericht gebracht werden.

II. Die Fiskuslehre im absolutistischen Polizeistaat.

Im absoluten Staat gelingt es den Landesherren die Stände gewaltsam niederzuwerfen und die unumschränkte Herrschaft in ihren Ländern an sich zu reissen. An den Grundsatz der Gesetzmässigkeit ist zunächst nicht mehr zu denken. Der Fürst setzt seinen Willen mit Hilfe des inzwischen herangebildeten Beamtentums durch, er kann alles positive Recht jederzeit korrigieren, aufheben oder durchbrechen, kann Zuständigkeiten und Instanzenzüge ändern und im Einzelfall selbst entscheiden. Auch die Beamten sind - soweit der Fürst nicht selbst eingreift - in ihren Entscheidungen frei. Gegenüber den Untertanen sind sie nicht an die Weisungen des Fürsten gebunden, auch wenn diese Weisungen als "Gesetz" bezeichnet sind. Auf dem Gebiet der Verwaltung besitzen die Gesetze eben noch nicht die "zweiseitig verbindende Kraft" der Rechtsnorm 2). Zwar macht sich der Beamte, wenn er gegen eine Weisung des Fürsten verstösst, einer Pflichtverletzung schuldig, aber der Untertan kann nicht aus eigenem Recht gegen diese Pflichtwidrigkeit vorgehen, falls er durch sie einen Nachteil erleidet.

Der erste Einbruch in diese absolute Herrschaft der Verwaltung gelingt mit Hilfe der Justiz und der Lehre vom Fiskus. Die Fürsten kommen langsam zu der Erkenntnis, dass das persönliche Eingreifen in das Gerichtswesen - das beste Beispiel bietet immer noch der Prozess des Müllers Christian Arnold 3) - ihrem Ansehen und dem des Staates mehr schadet, als der Nutzen und die Vorteile sind, die dabei in irgendeiner Richtung hervortreten. So nehmen gegen Ende des 18. Jahrhunderts die Fälle der Kabinettsjustiz immer mehr ab. Die Gerichte werden schliesslich verselbständigt und unabhängig.

Jetzt ist die Möglichkeit gegeben, die Verwaltung indirekt zu gesetzmässigem Handeln zu zwingen. Zwar können die obrigkeitlichen Akte nicht selbst angetastet werden, aber die Gerichte erkennen bei Eingreifen in private Untertanenrechte Schadensersatzansprüche gegen den neben Landesherr und Staat als Privatmann stehenden personifizierten Träger des staatlichen Finanz- und Verwaltungsvermögens, gegen den Fiskus an; denn auch der Fürst und seine Beamten werden an die

1) H.J. Wolff, Verwaltungsrecht I, 3. Aufl. 1959, S. 30.

2) Jhering, Der Zweck im Recht, 1. Aufl. 1877, Bd. 1, S. 344.

3) vgl. hierzu W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Neudruck 1948, S. 85 ff. und die bei Forsthoff, Lehrbuch, S. 27, Fussn. 3 angeführte Literatur.

Grundsätze des Privat- und Strafrechts für gebunden erachtet, die in den Stadt- und Landrechten ihren Niederschlag gefunden haben 1). Die Untertanen können also, wenn sie in einem ihrer privaten Rechte verletzt werden, zwar nicht vom Hoheitsträger Staat die Zurücknahme des unrechtmässigen Hoheitsaktes verlangen, wohl aber eine Entschädigung aus der Kasse des Fiskus. Das bringt immerhin eine Besserung in der Handhabung der obrigkeitlichen Verwaltung in Richtung einer gesetzmässigen Verwaltung, weil sich der Staat auch als Hoheitsträger darauf einrichtet, dass er nicht laufend als Fiskus verurteilt wird. Die Untertanen können nunmehr auf die Beachtung der Gesetze durch die Verwaltung, auf deren gesetzmässiges Handeln vertrauen. Freilich, von der Geltung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit kann auch jetzt noch nicht gesprochen werden, es sei denn man versteht den Grundsatz der Gesetzmässigkeit für diese Zeit dahin, "dass die Verwaltung nicht in Rechte des Untertans eingreifen und keine ein solches Recht zu-billigende Gesetze verletzen darf, ohne den Untertan mit Geld zu entschädi-gen" 2).

Keinesfalls aber kann im absoluten Staat die Verwaltung bereits gesetzmässig in dem Sinn verstanden werden, dass kein belastender Verwaltungsakt ohne gesetz-liche Ermächtigung ergehen dürfe. Auch das Preussische Allgemeine Landrecht von 1794 kann hierfür nicht angeführt werden 3). Wenn dort in den §§ 85 und 87 der Einleitung zu lesen ist, dass "Handlungen, welche weder durch natürliche noch durch positive Gesetze verboten werden, erlaubt genannt" werden und "Rechte und Pflichten, welche aus Handlungen und Begebenheiten entspringen, allein durch Gesetze bestimmt" werden, dann ist damit der rechtsstaatliche Grundsatz von der Erforderlichkeit des Gesetzes noch nicht gemeint. Das Allge-meine Landrecht geht noch von einem anderen Gesetzesbegriff aus als ihn der spätere Rechtsstaat kennt: Gesetze auf dem Gebiete der Verwaltung sind auch nach dem Allgemeinen Landrecht noch nichts anderes als Dienstanweisungen, Ordres oder Instruktionen des Fürsten. Bedenkt man weiter, dass auch das Allge-meine Landrecht dem Untertan kein eigenes Recht auf Einhaltung der Gesetze ihm gegenüber einräumt, ist die Unrichtigkeit der These, wonach bereits im ab-soluten Staat kein belastender Akt ohne gesetzliche Ermächtigung ergehen durfte, leicht zu erkennen. 4)

1) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 33.

2) Grässlin, Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, Dissertation Freiburg i. Br. 1939, S. 7.

3) so z.B. W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 87 f.

4) so auch O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, Bd. 1, S. 44 f.

ZWEITER ABSCHNITT.

DIE ENTWICKLUNG DES GRUNDSATZES DER GESETZMÄSSIGKEIT IM BÜRGERLICHEN RECHTSSTAAT.

1. Die Gewaltenteilungslehre als Voraussetzung.

Bevor der Blick auf die endgültige Ausformung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit in Deutschland geworfen wird, muss hier kurz auf die Lehre von der Gewaltenteilung eingegangen werden, die - von ihren antiken Ursprüngen ganz abgesehen - in der Neuzeit vor allem von Locke und Montesquieu vertreten wurde. Ohne das Prinzip der Gewaltentrennung sind der bürgerliche und unser heutiger Rechtsstaat nicht denkbar, und auch der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung erlangt seinen Sinn und Zweck erst durch die Grundlage des Gewaltenprinzips; denn solange nicht Gesetzgebung und Verwaltung in verschiedenen Händen liegen, und solange nicht das "Geben" des Gesetzes, die Anweisung zum Handeln, einem anderen als dem Träger der Verwaltung anvertraut werden kann, ist die Kontrollfunktion, die dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit zukommen soll, nicht erfüllt. Man kann aus diesem Grunde getrost davon sprechen, dass der Ursprung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit auch im Prinzip der Gewaltenteilung zu suchen ist. Insoweit muss der in der deutschen Staatsrechtslehre herrschenden Auffassung entgegengetreten werden, die den Grundsatz der Gesetzmässigkeit als ein auf sich selbst gestelltes Prinzip betrachtet 1).

1. Die Lehre Lockes.

Die Lehre John Lockes 2) baut auf den Verhältnissen in England am Ende des 17. Jahrhunderts auf: Anschliessend an die Revolution von 1688 wird in der "Declaration of rights" (1689) die Gesetzgebung allein in die Zuständigkeit des Parlaments gelegt, während die bisher ausgedehnte Prerogative des Königs wesentlich eingeengt wird. Locke versucht nun vor allem die Grenzlinie zwischen der Gesetzgebungstätigkeit des Parlaments und der Verwaltungstätigkeit der Krone zu ziehen.

Neben diesen beiden Gewalten, der gesetzgebenden und der vollziehenden, nennt Locke als dritte Gewalt die föderative ("federative power"), welche über

1) wie hier: Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 1954, S. 8; a. A. etwa Nawiasky, Allgemeine Staatslehre, Teil 3 (Staatsrechtslehre) 1956, S. 124 f.

2) Eine gute Schilderung der Lehre Lockes findet sich bei G. Jellinek, Gesetz und Verordnung, 1887, S. 64 ff.; ihm folgt auch v. Turegg, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl. 1956, S. 12 f.

Krieg und Frieden, über Bündnisse und andere Staatsverträge zu entscheiden hat. Die vollziehende und föderative Gewalt dürfen nach ihm in einer Hand vereinigt sein; die vollziehende und die gesetzgebende dagegen müssen streng getrennt sein. Die gesetzgebende als die den beiden anderen übergeordnete Gewalt wird dem Volk zuerkannt, ohne dass aber - dies interessiert für unsere Abhandlung am meisten - die vollziehende Gewalt nur zum Vollzug der Gesetze verurteilt wird. Locke betont mit aller Entschiedenheit, wie nötig eine Prärogative des Königs sei; denn die Gesetze könnten nicht alles bis ins letzte regeln und der Gesetzgeber könne auch nicht alle Einzelheiten voraussehen. Mit Hilfe der Prärogative des Königs müsse der Raum ausgefüllt werden, der durch die Gesetze freigeblieben sei. Verwaltung ist nach Locke also nicht nur Vollziehung der Gesetze.

2. Die Lehre Montesquieus.

Im Gegensatz hierzu steht die Lehre Montesquieus 1). Auch er vertritt zunächst mit aller Schärfe die organisatorische Trennung der Gesetzgebung von der Gesetzesvollziehung, die sich die Waage halten sollen. Die Exekutive ist aber bei ihm nur dazu bestimmt, den gesetzgeberischen Willen zu vollziehen. Für Montesquieu gibt es keine Prärogative des Königs, keine eigene Entscheidungsfreiheit der Exekutive. Einzig vom Parlament sollen die gesetzgeberischen Impulse ausgehen, weshalb der Legislative zweifellos gegenüber der Exekutive eine übergeordnete Rolle zukommt. Diesen Gedanken der inhaltlichen Unselbständigkeit der vollziehenden Gewalt bei Montesquieu gilt es festzuhalten.

II. Die Entwicklung in der frühkonstitutionellen Zeit.

Der Übergang vom Polizeistaat zum bürgerlichen Rechtsstaat ist in Deutschland gekennzeichnet durch die Beteiligung des Volkes an der Bildung des Staatswillens. Bereits unmittelbar nach den Befreiungskriegen erhalten aufgrund des Art. 13 der Bundesakte vom 8. Juli 1815, wonach "in allen deutschen Staaten eine landständische Verfassung stattfinden" sollte, verschiedene Länder Verfassungen, darunter als wichtigste die süddeutschen Staaten Bayern, Baden und Württemberg. Die zweite Verfassungswelle folgt im Zuge der Pariser Julirevolution 1830. Um jene Zeit wird Sachsen Verfassungsstaat. Den Abschluss bilden die im Anschluss an die Ereignisse von 1848 geschaffenen Verfassungen, unter denen vor allem die preussische zu erwähnen ist. Um die Mitte des 19. Jahrhunderts besitzen nahezu alle

1) Montesquieu, Vom Geist der Gesetze (*De l' esprit des lois*), herausgeg. von E. Forsthoff, 1951, Bd. 1, Buch 11, Kap. 6, S. 214 ff. und Kap. 11, S. 232 ff.; vgl. auch Roos, Der Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung und seine Bedeutung für die Anwendung des Verwaltungsrechts, in: Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, Bern 1955, S. 122 f.

deutschen Länder Verfassungen. Ihr Erlass bedeutet einen Sieg des demokratischen Gedankens; die Teilnahme des Volkes an der Gesetzgebung ist erreicht. Die Gesetzgebung unterliegt nicht mehr der einseitigen Verfügung des Landesherrn, ein Umstand, der der Idee der Gesetzmässigkeit ihre Stützen verleiht. Voraussetzung für den späteren Grundsatz der Gesetzmässigkeit ist nämlich die Trennung der gesetzgebenden von der vollziehenden Gewalt im Sinne Lockes und Montesquieus, ist die Gewaltenteilung. Auch wenn dem Landesherrn bei der Gesetzgebung neben dem Volk noch ein Mitspracherecht eingeräumt bleibt, so ist doch ein Anfang gemacht. Gesetzgebung und Verwaltung sind nicht mehr ausschliesslich in einer Hand vereinigt.

1. Das Prinzip vom Vorrang des Gesetzes.

In allen Verfassungen der deutschen Länder findet sich eine Bestimmung, wonach für die ganze 1) oder doch wenigstens für einen bestimmten Teil 2) der Gesetzgebung die Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften notwendig ist. Allerdings wird dieser umwälzenden Neuerung noch ihre Tragweite dadurch genommen, dass ein einheitlicher Begriff des Gesetzes nicht existiert. Es ist weder die später epochemachende Unterscheidung Labands zwischen formellem und materiellem Gesetz 3) bekannt, noch die von Anschütz 4) vorgenommene Umgrenzung des formellen Gesetzes dahin, dass es eines solchen stets dann bedürfe, wenn es sich um die Regelung von Eingriffen in Freiheit und Eigentum des Untertanen handle. Ganz gleichgültig, welche Willenskundgebungen nun im einzelnen als Gesetz angesehen werden, das Gesetz wird als etwas Höherrangiges, über den anderen staatlichen Willensäusserungen Stehendes betrachtet. Es wird unantastbar und ist nur durch ein in der Form gleiches neues Gesetz abänderbar. Alle übrigen Massnahmen, also alle Akte der Verwaltung können die Gesetze nicht umstossen, sie haben sich im Rahmen der Gesetze zu halten, sind an die Gesetze gebunden.

1) vgl. § 88 Württemberg. Verfassung vom 25.9.1819; § 86 Sächs. Verfassung vom 4.9.1831; Art. 62 Preuss. Verfassung vom 31.1.1850.

2) vgl. Tit. VII § 2 Bayer. Verfassung vom 26.5.1818: "Ohne den Beirat und Zustimmung der Stände des Königreichs kann kein allgemeines neues Gesetz, welches die Freiheit der Person oder das Eigentum der Staatsangehörigen betrifft, erlassen, noch ein schon bestehendes abgeändert, authentisch erläutert oder aufgehoben werden." - Ähnlich § 65 Badische Verfassung vom 22.8.1818.

3) s. dazu unten S. 151

4) Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, 2. Aufl. 1901, S. 169 ff.

Diese Wirkungen sind nichts anderes als das Prinzip vom Vorrang des Gesetzes, das als ein Teil des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit gilt. Der Vorrang des Gesetzes hat also bereits mit dem Erlass der ersten Verfassungen in Deutschland seinen festen Platz. Da nunmehr die Verwaltung an die für sie bestimmten Gesetze gebunden ist, sind diese aus blossen Dienstanweisungen zu echten Gesetzen mit zweiseitig bindender Kraft geworden. Die Verwaltung ist jetzt dem Untertan gegenüber zur Einhaltung aller Gesetze verpflichtet. Verletzt sie ihre Verpflichtung, dann ist ihr Handeln nicht mehr gesetzmässig, der Untertan kann die Rücknahme der gesetzwidrigen Verwaltungsmassnahme verlangen.

2. Noch keine Geltung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes.

Wenn auch der Vorrang des Gesetzes als erstes Teilglied des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit in der frühkonstitutionellen Zeit zu Anfang des 19. Jahrhunderts volle Geltung beansprucht, vom Vorbehalt des Gesetzes als dem Prinzip, dass bestimmte Massnahmen der Verwaltung einer Ermächtigung durch das Gesetz bedürfen, spricht zu dieser Zeit noch niemand. Aber auch unausgesprochen existiert der Vorbehalt des Gesetzes noch nicht. Das ist ohne weiteres einzusehen für den Bereich der Verfassungen, die nicht für die gesamte Gesetzgebung, sondern nur für einen gewissen Teil die Mitwirkung der gesetzgebenden Körperschaften anordnen 1). Wenn nämlich nicht alle Gesetze durch ein von der Verwaltung unabhängiges Organ erlassen werden müssen, wenn also ein Teil der Gesetze durch die Verwaltung selbst ergeht, dann hat der Vorbehalt des Gesetzes noch nicht die Fähigkeit, die ihm innewohnende Schutzfunktion auszuüben, ist also sinnlos. In diesem Fall würde die Geltung des Vorbehalts des Gesetzes lediglich bedeuten, dass die Verwaltung auf dem Gebiete der nicht von der gesetzgebenden Körperschaft abhängigen Gesetzgebung, also der verwaltungseigenen Gesetzgebung, wenn man so sagen darf, nur dann Einzelmassnahmen gegenüber den Untertanen ergreifen könnte, wenn bereits ein durch die Verwaltung selbst ergangenes Gesetz vorhanden ist. Damit aber könnte jede gewünschte Massnahme von der Verwaltung durchgesetzt werden, auch wenn zunächst kein entsprechendes Gesetz vorliegt. Sollte es nämlich an einem solchen Gesetz bei Erlass eines Einzelaktes fehlen, würde es kein Hindernis bedeuten, zuvor ein verwaltungsgeignetes zu erlassen.

Konnte unter der Herrschaft der Verfassungen, die das Volk nur an einem Teil der Gesetzgebung beteiligen, der Vorbehalt des Gesetzes noch nicht zur Geltung gelangt sein, bleiben nur noch die Verhältnisse im Bereich der Verfassungen zu untersuchen, die das Volk an der ganzen Gesetzgebung Anteil nehmen lassen 2).

1) s. oben S. 7, Fussn. 2 !

2) s. oben S. 7, Fussn. 1 !

Auch hier gilt der Vorbehalt des Gesetzes noch nicht. Allein daraus, dass jedes Gesetz der Zustimmung der gesetzgebenden Körperschaften bedarf, und die Aufhebung und Abänderung von Gesetzen wiederum nur durch Gesetz erfolgen dürfen, kann nicht gefolgert werden, es gäbe nur gesetzlich geregelte Bereiche der Verwaltung. Vielmehr ist auf weiten Gebieten der Verwaltung noch keine gesetzliche Regelung vorzufinden. Auf ihnen sind nun aber die Verwaltungsbehörden nicht gebunden; sie müssen nicht etwa abwarten, bis der Gesetzgeber ihnen eine Handhabe gibt um einzugreifen, sondern sie können nach ihrem eigenen Gutdünken handeln, ohne gesetzliche Grundlage. Es gibt keinen notwendigen Schluss, der den Erlass von Verwaltungsmassnahmen nur bei Vorliegen einer entsprechenden Ermächtigung im Gesetz erlaubt. Das ist selbstverständlich für die nicht gesetzlich geregelten Bereiche der Verwaltung, gilt aber auch für die gesetzlich umrissenen. Das Bürgertum ist zunächst damit zufrieden und hält es für eine grosse Errungenschaft, überhaupt an der Gesetzgebung mitwirken zu können, und es versucht dieses Recht immer weiter auszubauen 1). Die Möglichkeit, über die Gesetzgebung auch die Verwaltung beherrschen oder zumindest in einem günstigen Sinn beeinflussen zu können, sieht es noch nicht. Die Verwaltung liegt noch ganz in der Hand des Fürsten, der sich seine Rechte so wenig wie möglich beschneiden lässt.

Schliesslich bleibt noch die Frage, ob nicht durch die in den Verfassungen niedergelegten einzelnen Gesetzesvorbehalte 2), das sind die Vorschriften der Verfassung, die für einzelne, genauer konkretisierte Massnahmen die Grundlage eines Gesetzes fordern, in ihrer Gesamtheit einen allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes bilden, oder jedenfalls einen allgemeinen Vorbehalt des Gesetzes in dem später anerkannten Sinn, dass wenigstens jeder Eingriff in Freiheit oder Eigentum des Untertanen einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Aber nicht einmal das letztere ist der Fall. Zwar enthalten die Verfassungen neben dem aus vorkonstitutioneller Zeit bekannten Gesetzesvorbehalt für Strafeingriffe ("nulla poena sine lege") meist besondere Gesetzesvorbehalte für Steuereingriffe 3), für

1) vgl. Roos, Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, S. 121.

2) auch ausdrücklicher, spezieller oder besonderer Gesetzesvorbehalt und ausdrücklicher, spezieller oder besonderer Vorbehalt des Gesetzes genannt. Die Bezeichnung Vorbehalt des Gesetzes ist jedoch besser zu vermeiden, um keinen Anlass zu Verwechslungen mit dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes zu geben.

3) Tit. VII § 3 Bayer. Verf. 1818; §§ 53, 54 Bad. Verf. 1818; § 26 Württ. Verf. 1819; Art. 67 Hessische Verf. vom 17. 12. 1820; § 37 Sächs. Verf. 1831; Art. 99, 100 Preuss. Verf. 1850.

Eingriffe in die persönliche Freiheit 1), in das Eigentum 2), in die Pressefreiheit 3) und die Auswanderungsfreiheit 4), aber diese Gesetzesvorbehalte sind nicht genügend, um alle Eingriffe, die dem Bürger von seiten der Obrigkeit drohen können, erschöpfend zu umfassen, geschweige denn, um sämtliche Verwaltungsmassnahmen, nicht nur die belastenden, sondern auch die begünstigenden zu umgrenzen.

Nach der badischen und der bayerischen Verfassung stehen nicht einmal Eingriffe in das Eigentum unter dem Gesetzesvorbehalt, sondern lediglich unter dem Vorbehalt höchstbehördlicher Entscheidung 5). Am ehesten stellen diejenigen Verfassungen alle Eingriffe in Freiheit und Eigentum unter den Vorbehalt des Gesetzes, die sowohl Gesetzesvorbehalte für Eingriffe in die Freiheit als auch solche in das Eigentum des Bürgers vorsehen. Hierbei darf jedoch nicht übersehen werden, dass den Begriffen "Freiheit" und "Eigentum" in den Bestimmungen der damaligen Verfassungen noch nicht eine so weite Bedeutung zukommt, wie sie heute allgemein angenommen wird, sondern dass unter Freiheit nur die persönliche Bewegungsfreiheit und unter Eigentum nur das Eigentum im bürgerlich-rechtlichen Sinn zu verstehen ist 6). Überdies schliesst diese Klausel in jener Zeit nur die unmittelbaren Eingriffe, nicht auch alle mittelbaren Eingriffe ein 7).

Somit umfassen die besonderen Gesetzesvorbehalte nicht alle Eingriffe in Freiheit und Eigentum. Auch auf dem Wege über sie kann also die Geltung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes im Sinne der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage für alle Eingriffe in Freiheit und Eigentum in der frühkonstitutionellen Zeit zu Anfang und der Mitte des 19. Jahrhunderts noch nicht nachgewiesen werden.

1) Tit. IV § 8 Abs. 3 Bayer. Verf. 1818; § 15 Abs. 2 Bad. Verf. 1818; § 26

Württ. Verf. 1819; Art. 33 Hess. Verf. 1820; § 27 Sächs. Verf. 1831; Art. 5 Preuss. Verf. 1850.

2) Art. 27 Hess. Verf. 1820; Art. 9 Preuss. Verf. 1850.

3) § 28 Württ. Verf. 1819; Art. 35 Hess. Verf. 1820.

4) Tit. IV § 14 Bayer. Verf. 1818; Art. 24 Hess. Verf. 1820; Art. 11, 34 Preuss. Verf. 1850.

5) § 14 Abs. 4 Bad. Verf. 1818; Tit. IV § 8 Bayer. Verf. 1818.

6) Anschütz, Die Verfassungs-Urkunde für den Preussischen Staat vom 31. 1. 1850, Bd. 1, 1912, Anm. 5 zu Art. 9, S. 162 f.; Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914, S. 75 f.

7) v. Turegg, Lehrbuch, S. 63

3. Die Bestätigung der theoretischen Erkenntnisse durch Praxis und Lehre.

Tatsächlich zeigt auch ein Blick in die Polizeipraxis der damaligen Zeit, wie fern es den anordnenden Behörden lag, sich bei Ausübung der Verwaltung auf gesetzliche Ermächtigungen zu stützen. Die preussische Polizei etwa erachtet es noch nicht für erforderlich, ihre Verfügungen mit Hilfe des erst später vom Preussischen Oberverwaltungsgericht 1) hervorgeholten § 10 Teil II Tit. 17 des Allgemeinen Landrechts zu rechtfertigen. Auch in den übrigen Ländern sehen es die Polizeibehörden als ihr gutes Recht an, überall dort dem einzelnen mit Befehl und Zwang zu begegnen, wo die öffentlichen Belange es erfordern. Ausdrückliche Ermächtigungen werden hierbei nicht für notwendig gehalten; konstitutionelle Gesetze, soweit solche bereits bestehen, nur als Schranke, nicht als Grundlage polizeilicher Befugnisse angesehen 2).

Erst recht zeigt sich dieses Bild in der damaligen staatsrechtlichen Literatur. Der Vorrang des Gesetzes taucht stets in irgendeiner Formulierung auf, vom Vorbehalt des Gesetzes ist noch nichts zu finden. So steht Robert von Mohl auf dem Standpunkt, dass die Gesetze die Grenze der Regierungsgewalt sind, aber nicht Voraussetzung oder Ermächtigung zur Vornahme von Verwaltungsakten 3). Für Lorenz von Stein ist nichts "unverständiger als von einer Unterordnung der Vollziehung unter das Gesetz zu reden" 4). Auch Friedrich Julius Stahl meint den Vorrang des Gesetzes, wenn er im Hinblick auf die Tätigkeit der Verwaltung vom Recht als der "Schranke des Dürfens" spricht 5). Nichts anderes ist seiner bekannten Definition vom Rechtsstaat zu entnehmen: "Der Staat soll Rechtsstaat sein, das ist die Losung und ist auch in Wahrheit der Entwicklungstrieb der neueren Zeit. Er soll die Bahnen und die Grenzen seiner Wirksamkeit wie die freie Sphäre seiner Bürger in der Weise des Rechts genau bestimmen und unverbrüchlich sichern" 6). Allerdings hat vielleicht auch Bühler nicht ganz Unrecht, wenn er in dieser Definition im Kern auch schon den Satz enthalten sieht, wonach zu jedem Eingriff in die Sphäre des Untertanen, in Freiheit oder Eigentum im weitesten Sinne, eine gesetzliche Ermächtigung nötig ist 7).

-
- 1) z.B. Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Bd. 7, S. 354 ff.; Bd. 9, S. 341 ff.; Bd. 11, S. 365 ff.
 - 2) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 89 f., 103 ff.; Thoma, Der Polizeibefehl im Badischen Recht, Teil 1, 1906, S. 106.
 - 3) v. Mohl, Württembergisches Staatsrecht, 2. Aufl. 1840, Bd. 2, S. 313.
 - 4) v. Stein, Die Verwaltungslehre, Bd. 1, 1865, S. 73.
 - 5) Stahl, Die Philosophie des Rechts, 3. Aufl. 1856, Bd. 2, 2. Abteilung, S. 607 ff.
 - 6) Stahl, Die Philosophie des Rechts, Bd. 2, 2. Abteilung, S. 137.
 - 7) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 76.

Schliesslich bleibt noch anzuführen, dass selbst die Hauptverfechter der Rechtsstaatsidee in der damaligen Zeit, Otto Bähr und Rudolf von Gneist nur den Vorrang des Gesetzes und nicht auch den Vorbehalt des Gesetzes kennen, da für sie die Verwaltungsgesetze nur Schranken der Regierungsgewalt sind 1).

III. Die Entwicklung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit in der spätkonstitutionellen Zeit und in der Zeit der Weimarer Verfassung.

1. Das Aufkommen des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes in den siebziger Jahren des 19. Jahrhunderts.

In den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts erfährt der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung seine bis in unsere Zeit gültige Ausgestaltung. Zum Prinzip vom Vorrang des Gesetzes gesellt sich nun als zweite Komponente des Gesetzmässigkeitsgrundsatzes das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes. Freilich sind die beiden Begriffe "Vorrang des Gesetzes" und "Vorbehalt des Gesetzes" als solche noch nicht bekannt, aber der Inhalt dieser Prinzipien findet sich jetzt in der staatsrechtlichen Literatur.

Bereits 1862 vertritt F.F. Mayer 2) erstmals im deutschen Rechtskreis 3) ganz allgemein die Erforderlichkeit gesetzlicher Ermächtigung für Verwaltungseingriffe, macht allerdings gerade für den wichtigsten Verwaltungsbereich, nämlich für die Polizeiverwaltung noch erhebliche Einschränkungen. Laband spricht dann 1878 vorbehaltlos den Satz aus, dass jeder Verwaltungseingriff auf einem Gesetz beruhen muss: "Der in der Verfügung enthaltene Befehl muss rechtlich begründet sein, d.h. die Befugnis des Staates jemanden etwas zu befehlen oder zu verbieten, von welcher die Verfügung Anwendung macht, muss durch einen Rechtssatz anerkannt sein. ... Der Staat kann von seinen Angehörigen keine Leistung und keine Unterlassung fordern, er kann ihnen nichts befehlen und nichts verbieten als auf Grund eines Rechtssatzes. ... Zu jeder Zeit und unter allen Verhältnissen sind die Rechte der Staatsgewalt gegen den einzelnen durch Rechtsätze anerkannt und deshalb beschränkt. Jeder Verwaltungsbefehl muss daher auf einem Gesetz beruhen,

1) Bähr, Der Rechtsstaat, 1864, S. 34 ff.; v. Gneist, Der Rechtsstaat, 1. Aufl. 1872, S. 161 ff.

2) F.F. Mayer, Grundsätze des Verwaltungsrechts mit besonderer Rücksicht auf gemeinsames deutsches Recht, 1862, S. 106.

3) In Frankreich taucht der Grundsatz von der Erforderlichkeit gesetzlicher Ermächtigung für Verwaltungseingriffe schon in Art. 5 der Déclaration des droits de l'homme et du citoyen vom 26.8.1789 auf; es heisst dort: "Tout ce qui n'est pas défendu par la loi ne peut être empêché, et nul ne peut être contraint à faire ce qu'elle n'ordonne pas."

welches die Regierung mit der Befugnis ausstattet, eine derartige Leistung, Handlung oder Unterlassung von dem Untertanen zu verlangen. Es gilt dies ausnahmslos..." 1).

Ähnliches lesen wir im gleichen Jahr auch bei Leuthold. Er behauptet, die neuere Verwaltungsrechtswissenschaft sei zu der Erkenntnis gelangt, "dass die regierenden Gewalt Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen Dritter nur fordern kann, wenn ihr ein Rechtsgrund hierfür zur Seite steht" 2).

Wenn nach dem Gesagten vielleicht daran gezweifelt werden könnte, dass in der Wissenschaft die Notwendigkeit gesetzlicher Ermächtigung für Verwaltungseingriffe bereits im Jahre 1878 - wie Leuthold behauptet - schon allgemein feststeht, so ist doch jedenfalls in den achtziger Jahren diese These berechtigt. Der neue Grundsatz wird als geltendes Recht betrachtet und wird von fast allen als selbstverständlicher Bestandteil der Rechtsordnung des Rechtsstaats angesehen 3). Neben Rosin 4) und Loening 5) soll hier vor allem auch das 1872 errichtete Preussische Oberverwaltungsgericht erwähnt werden, das in ständiger Rechtsprechung die Erforderlichkeit des Gesetzes als Grundlage für Verfügungen, in Sonderheit für polizeiliche Massnahmen anerkennt 6).

Anderer Ansicht sind nurmehr Georg Meyer 7) und von Sarwey 8), die auf dem alten Standpunkt verharren, wonach eine Verfügung der Verwaltungsbehörde nur nicht gegen eine gesetzliche Norm verstossen dürfe, der Verwaltung also alles erlaubt sei, was ihr nicht verboten ist.

Für einen noch engeren Standpunkt als die jetzt herrschende Auffassung ihn vertritt, spricht sich dagegen Stier-Somlo aus, der ganz allgemein für die verwaltende Tätigkeit des Staates den Grundsatz aufstellt, dass sie nur aufgrund des Gesetzes geschehen dürfe 9). Er verzichtet also auf die Einschränkung, dass nur Eingrif-

1) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1. Aufl., Bd. 2, 1878, S. 202, 207

2) Leuthold, Das Königlich Sächsische Verwaltungsrecht, 1878, S. 8 ff.

3) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 80.

4) Rosin, Das Polizeiverordnungsrecht in Preussen, 1. Aufl. 1882, S. 11 ff.

5) Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1884, S. 241.

6) vgl. die Zusammenstellung der massgeblichen Entscheidungen bei Anschütz, Allgemeine Begriffe und Lehren des Verwaltungsrechts nach der Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts, PrVerwBl. 22, 1900/01, S. 84 ff.

7) G. Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1883, S. 64.

8) v. Sarwey, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1884, S. 36 f.; derselbe, Das öffentliche Recht und die Verwaltungsrechtspflege, 1880, S. 61.

9) Stier-Somlo, Die Einwirkung des bürgerlichen Rechts auf das preussisch-deutsche Verwaltungsrecht, 1900, S. 129 ff.

fe in Freiheit und Eigentum dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegen, sondern unterwirft jegliches Verwaltungshandeln der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage.

1. Die weitere Entwicklung bis in die Zeit der Weimarer Verfassung.

Im übrigen aber wird der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung nach den zwei geschilderten Richtungen hin auch in Zukunft mit aller Entschiedenheit im grossen und ganzen einheitlich vertreten: Das Gesetz einerseits als Grenze aller Verwaltungsführung, andererseits als Voraussetzung jeglicher Eingriffsverwaltung. Insbesondere von Otto Mayer wird dieses Zweigespann, das man jetzt unter dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung zusammenfasst, anerkannt. Er gibt auch den beiden Prinzipien wie so vielem die Namen, die dann in der nachfolgenden Literatur Eingang finden. Den Vorrang des Gesetzes umschreibt er folgendermassen: "Der in Form des Gesetzes geäusserte Staatswille geht rechtlich jeder anderen staatlichen Willensäusserung vor; das Gesetz kann nur wieder durch Gesetz aufgehoben werden, hebt aber seinerseits alles auf oder lässt gar nicht erst wirksam werden, was ihm widerspräche" 1).

Vielleicht nicht so prägnant, aber trotzdem klar hat Otto Mayer den Vorbehalt des Gesetzes umrissen. Er geht zunächst davon aus, dass das verfassungsmässige Gesetz nur für gewisse, besonders wichtige Gegenstände zur notwendigen Bedingung aller Staatstätigkeit gemacht worden sei, wobei er die Gegenstände meint, die Eingriffe in Freiheit oder Eigentum des Bürgers zur Folge haben. Dann fährt er fort: "Für alle übrigen ist die vollziehende Gewalt an sich frei; sie wirkt aus eigener Kraft, nicht auf Grund des Gesetzes. Wir nennen den Ausschluss ihres selbständigen Vorgehens, der bezüglich jener besonders ausgezeichneten Gegenstände besteht, den Vorbehalt des Gesetzes" 2).

In ähnlicher Weise wie Otto Mayer vertreten Anschütz 3), Thoma 4), Bühler 5), Fleiner 6) und Walter Jellinek 7) die beiden nun unwidersprochen gültigen Prinzipien. Zu einer Änderung ihres Inhalts, sei es zu einer Engerziehung oder sei es zu einer Erweiterung, besteht kein Anlass. Die Systematisierung des deutschen

1) O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 68.

2) O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 69 f.

3) Anschütz, PrVerwBl. 22, S. 84 f.

4) Thoma, Der Polizeibefehl, Teil 1, S. 99.

5) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 67, 80.

6) Fleiner, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928, S. 68, 130 ff.

7) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 88, 121 f.

Verwaltungsrechts seit der Wende vom 19. zum 20. Jahrhundert bringt es jedoch mit sich, dass auch der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, insbesondere der Vorbehalt des Gesetzes noch genauer umschrieben werden.

a. Die Auswirkung der Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Gesetz.

So wird Labands Unterscheidung zwischen materiellem und formellem Gesetz aufgegriffen. Materielles Gesetz ist die "rechtsverbindliche Anordnung eines Rechtssatzes" 1), während Gesetz im formellen Sinn "eine im Wege der Gesetzgebung zustande gekommene staatliche Willensäusserung" 2) bedeutet. Diese Begriffsbestimmungen werden jetzt auf das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes angewandt: Jeder Eingriff in Freiheit oder Eigentum des Bürgers durch die Verwaltung ist schon und nur dann gesetzmässig, wenn er auf ein materielles Gesetz gestützt werden kann. Die Ermächtigung zu Eingriffen braucht also nicht in einem formellen, d. h. einem vom zuständigen Gesetzgebungsorgan in vorgeschriebener Form erlassenen Gesetz zu finden sein, sondern es genügt auch die Ermächtigung in einem von der vollziehenden Gewalt rechtsverbindlich angeordneten Rechtssatz. Unter Rechtssatz ist dabei noch nicht wie heute jede gemeinverbindliche generelle Regel zu verstehen, sondern - der damaligen Lehre entsprechend - nur die allgemein abstrakte Norm, welche in Freiheit oder Eigentum im weitesten Sinne eingreift 3). Jedoch spielt dieser Unterschied hier keine Rolle; denn auch nach dem spätkonstitutionellen Rechtssatzbegriff haben alle staatlichen Anordnungen, die Ermächtigungen zu Eingriffen in Freiheit oder Eigentum enthalten, gerade aufgrund ihres Eingriffscharakters Rechtssatzqualität. In dem hier für den Vorbehalt des Gesetzes interessierenden Bereich sind also die heutigen Rechtssätze auch schon damals Rechtssätze gewesen. Mit dem Satz, wonach Eingriffe in Freiheit oder Eigentum stets einer Grundlage in einem materiellen Gesetz, also zumindest in einem Rechtssatz bedürfen, ist genau das gemeint, was man in Zukunft wie folgt formuliert: Eingriffe in Freiheit oder Eigentum dürfen nur erfolgen,

1) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl. 1911, Bd. 2, S. 1.

2) Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Bd. 2, S. 61, 67.

3) Thoma, Der Vorbehalt des Gesetzes im preussischen Verfassungsrecht, Festgabe für Otto Mayer, 1916, S. 178; derselbe, Der Vorbehalt der Legislative und das Prinzip der Gesetzmässigkeit von Verwaltung und Rechtsprechung, HdBDSr Bd. 2, 1932, S. 223; Anschütz, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt, S. 169 ff.; vgl. auch Forsthoff, Lehrbuch, S. 121 und Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 89.

wenn sie "durch das Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes" 1) vorbehalten sind.

b. Die Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis.

Eine weitere Konkretisierung des Vorbehaltes des Gesetzes erfolgt dahin, dass dieser nur im allgemeinen Gewaltverhältnis des Staates gegenüber den Staatsunterworfenen anzuwenden ist, nicht aber soweit ein Bürger in einem besonderen Gewaltverhältnis zur Staatsgewalt steht, etwa als Beamter, Soldat, Schüler oder Strafgefangener 2). Als Überbleibsel aus dem absolutistischen Staat dient das besondere Gewaltverhältnis dazu, für bestimmte Manifestationen der öffentlichen Gewalt einen mehr oder weniger rechtsfreien Raum offenzuhalten, in dem sich der Bürger nicht auf allgemein festgelegte unverbrüchliche Rechtssätze berufen kann, sondern vielmehr unmittelbar dem Verfügungsrecht der Behörde unterliegt. Dieses Verfügungsrecht im Rahmen des besonderen Gewaltverhältnisses gilt als "Hausgut der Verwaltung" 3).

Der Hauptanwendungsfall der Lehre vom besonderen Gewaltverhältnis ist die öffentliche Anstalt. Man hat schon früh erkannt, dass wenn schon der Grundsatz der Gesetzmässigkeit nicht innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses zur Anwendung kommt, wenigstens die Unterstellung des einzelnen unter den Machtbereich des besonderen Gewaltverhältnisses (der Anstalt) auf eine rechtsatzmässige Ermächtigung zurückgeführt werden muss, die dann gleichsam als Pauschalermächtigung gilt. Bei den Zwanganstalten wie etwa den Gefängnissen muss also stets eine gesetzliche Ermächtigung vorhanden sein, die die Verbringung des einzelnen in den Anstaltsbereich und damit die Unterstellung unter die Anstaltsgewalt gestattet. Ebenso hätte es für die Gewaltverhältnisse und Anstalten mit freiwilligem Eintritt, wie etwa für das Beamtenverhältnis stets eines Rechtssatzes bedurft, der zum freiwilligen Eintritt in ein derartiges Verhältnis und zur gleichzeitig damit verbundenen Unterwerfung unter die Anstaltsgewalt ermächtigt. Einen derartigen Rechtssatz gibt es aber nur in den seltensten Fällen. Seine Notwendigkeit wird auch abgelehnt, weil er sich - wohl im Hinblick auf den Satz: *volenti non fit iniuria* - "von selbst versteht", wie Walter Jellinek meint 4), auf den wir uns hier statt auf viele berufen wollen.

1) O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 70.

2) O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 101 ff.; Fleiner, Institutionen, S. 165 ff.; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 122; Thoma, HdBDStR, Bd. 2, S. 223.

3) Thoma, HdBDStR, Bd. 2, S. 223.

4) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 122.

IV. Berührungspunkt mit der Lehre von der Gewaltenteilung.

Wir können somit zusammenfassend feststellen, dass sich im spätkonstitutionellen Staat als Endglied des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit die Auffassung vom Vorbehalt des Gesetzes in dem Sinne durchgesetzt hat, dass jeder Eingriff der vollziehenden Gewalt in Freiheit oder Eigentum des Bürgers im allgemeinen Gewaltverhältnis einer Ermächtigung durch ein materielles Gesetz bedarf. Dieser Satz ist über die einzelnen Gesetzesvorbehalte der Verfassungen auf rein deduktivem Weg gefunden und von Theorie und Praxis als Teilprinzip des Rechtsstaatspostulats anerkannt worden. Der Vorbehalt des Gesetzes oder - wie dieser als Endglied der Entwicklung auch schlechthin mit dem Oberbegriff bezeichnet wird - der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung ist also aus der Interpretation des Begriffes Rechtsstaat heraus entwickelt worden, als sich dessen Konturen aus einem zunächst noch unklaren Begriff mehr und mehr abzeichneten 1). Als notwendiges Postulat des einmal anerkannten Rechtsstaatsprinzips bedurfte der Vorbehalt des Gesetzes keiner weiteren Grundlage. Fand er seinen Niederschlag in den Verfassungen nicht vollständig durch die einzelnen Gesetzesvorbehalte, so verstand er sich zwar nicht von selbst, wie Otto Mayer formuliert, aber - und das schreibt Otto Mayer im gleichen Zuge 2) - aufgrund der Anschauungen des "allgemeinen konstitutionellen Staatsrechts", zu denen eben auch das Prinzip des Rechtsstaats gehört. Es erscheint deshalb nicht richtig, wenn etwa Bühler für den Vorbehalt des Gesetzes eine spezielle Grundlage suchte und sie im Gewohnheitsrecht gefunden zu haben glaubte 3).

Als Teilprinzip des Rechtsstaatspostulats stellt sich im konstitutionellen Staat der Grundsatz der Gesetzmässigkeit mit seinen Ausgestaltungen vom Vorrang und vom Vorbehalt des Gesetzes selbständig neben das Teilprinzip der Gewaltenteilung. Beide, das Prinzip der Gewaltenteilung und das der Gesetzmässigkeit haben ein Gemeinsames; beide betreffen die Abgrenzung der Gesetzgebung von der Verwaltung. Die Anerkennung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes bringt zwangsläufig eine teilweise Abhängigkeit der Verwaltung von der Gesetzgebung mit sich: Nur wenn die gesetzgebende Gewalt die Ermächtigung dazu gibt, kann die vollziehende Gewalt in Freiheit und Eigentum des Bürgers eingreifen. Nicht abhängig, sondern frei ist die Verwaltung, soweit es sich nicht um Eingriffe und Belastungen, sondern um Begünstigungen handelt 4). In letzterem Fall ist die Ver-

1) vgl. Thoma, Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, JÖR Bd. 4, 1910, S. 196 ff.

2) O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 70 f.

3) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte, S. 87.

4) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 254.

waltung nicht dazu verurteilt, lediglich die Gesetze zu vollziehen. Hier zeigt sich deutlich der Schnittpunkt mit der Gewaltenteilungslehre, deren Vertreter von ihrer Sicht her auch zu der Frage Stellung genommen haben, inwieweit die Verwaltung von der Gesetzgebung abhängig sein soll 1). Rückblickend kann gesagt werden, dass sich der konstitutionelle Staat eindeutig für die Lehre Lockes entscheidet und die strenge Auffassung Montesquieus von der Verwaltung als blosser Vollzieherin der Gesetze ablehnt 2); denn nicht jede Verwaltungstätigkeit braucht auf Gesetz zu beruhen.

DRITTER ABSCHNITT.

DIE ENTWICKLUNG DES GRUNDSATZES DER GESETZMÄSSIGKEIT IM SOZIALEN RECHTSSTAAT.

I. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit findet Eingang in das Grundgesetz.

Unter Ausserachtlassung der Entwicklung im nationalsozialistischen Staat, in dem es praktisch keine gesetzmässige Verwaltung gab, wollen wir gleich auf die Verhältnisse nach dem zweiten Weltkrieg eingehen.

In dem im Jahre 1949 neu organisierten Staat der Bundesrepublik Deutschland, den wir aufgrund der Kennzeichnung in den Art. 20 Abs. 1 und 28 Abs. 1 Satz 1 seiner Verfassung, des Grundgesetzes 3), den sozialen Rechtsstaat 4) nennen wollen, finden die Prinzipien der Gewaltenteilung und der Gesetzmässigkeit im herkömmlichen Sinn - also der Grundsatz der Gesetzmässigkeit auch mit der Ausnahme der Nichtgeltung in den besonderen Gewaltverhältnissen - ihre Anerkennung. Als Grundpfeiler des Rechtsstaats werden sie in der Verfassungsurkunde selbst niedergelegt und zwar das Prinzip der Gewaltenteilung in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG, wonach die Staatsgewalt durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt wird, der Grundsatz der Gesetzmässigkeit dagegen in Art. 20 Abs. 3 GG, der unter anderem die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht bindet. Diese in Art. 20 GG niedergelegten Grund-

1) vgl. oben S. 5 f.

2) vgl. auch v. Turegg, Verwaltungsrecht, S. 15 f.

3) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, BGBl. S. 1.

4) Zum Begriff des sozialen Rechtsstaats vgl. vor allem Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, 1953; Forsthoff und Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL Heft 12, 1954, S. 8 ff. und 37 ff.

sätze der Gewaltenteilung und der Gesetzmässigkeit der Verwaltung gehören in Zukunft - nach Art. 79 Abs. 3 GG- zu den Fundamentalnormen, die gegen jede Berührung bei einer Änderung des Grundgesetzes und durch eine solche geschützt sind. Sie gelten also, da sie mit das Wesen des Rechtsstaats ausmachen, als unantastbar.

Es mag zunächst noch offen bleiben, ob der Grundsatz der Gesetzmässigkeit in Art. 20 Abs. 3 GG seinen Niederschlag in beiden Ausgestaltungen, also als Vorrang und als Vorbehalt des Gesetzes gefunden hat, oder ob in diesem Verfassungssatz lediglich der Vorrang des Gesetzes festgelegt ist. Unabhängig von der möglichen Nichtaufnahme in den Text des Grundgesetzes hat auf jeden Fall auch der Vorbehalt des Gesetzes im heutigen sozialen Rechtsstaat unbestritten mindestens in dem Sinn Geltung, dass keine Verwaltungsmassnahme, die in Eigentums- oder Freiheitsrechte der Bürger eingreift, ohne Ermächtigung in einem materiellen Gesetz ergehen darf 1).

Auch die Frage, ob der Vorbehalt des Gesetzes und damit der Grundsatz der Gesetzmässigkeit inhaltlich durch das Grundgesetz eine Änderung erfahren haben, die Frage also, die sich als Kemproblem unserer Abhandlung erweisen wird, soll vorerst noch nicht erörtert werden. An dieser Stelle werden wir nurmehr den Inhalt des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit, wie er bei Inkrafttreten des Grundgesetzes besteht, noch etwas näher durchleuchten, werden ihn in seine Bestandteile gliedern und uns über die Terminologie einigen.

II. Begriffliche Klarstellungen.

1. Die Prinzipien vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes.

Schon früher, bald nach der Einführung der Begriffe vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes durch Otto Mayer wurden die einzelnen verschiedenartigen Betrachtungspunkte erkannt, von denen aus diese Institute gesehen werden können. Dies geschah allerdings zum Teil mehr unbewusst als bewusst, weshalb wohl auch die sich daran knüpfende Terminologie nicht immer einheitlich ist. Walter Jellinek zum Beispiel sieht inhaltlich sowohl den Vorrang des Gesetzes als auch den Vorbehalt des Gesetzes einerseits aus dem Blickpunkt des Einzelaktes der Verwaltung und andererseits aus dem Blickpunkt des Gesetzes. Den Inhalt der Sätze, die den Vorrang und Vorbehalt aus der Sicht des Einzelaktes umschreiben, bezeichnet

1) In Art. 2 Abs. 2 HessVerf. ist der Vorbehalt des Gesetzes in aller Deutlichkeit formuliert: "Niemand kann zu einer Handlung, Unterlassung oder Duldung gezwungen werden, wenn nicht ein Gesetz oder eine auf Gesetz beruhende Bestimmung es verlangt oder zulässt."

Jellinek ausschliesslich als Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, also ohne dabei begrifflich zwischen Vorrang und Vorbehalt zu unterscheiden 1). Nur bei der Umschreibung dieser Institute aus dem Blickpunkt des Gesetzes kennt auch er die Unterscheidung zwischen Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes 2). Im einzelnen versteht nämlich Jellinek unter dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung einmal, dass kein Verwaltungsakt einem Gesetze widersprechen darf (das ist nach unserer Terminologie der Vorrang des Gesetzes, von der Einzelverfügung her gesehen), zum anderen, dass kein belastender Verwaltungsakt ohne gesetzliche Grundlage ergehen darf 1) (das ist der Vorbehalt des Gesetzes, von der Einzelverfügung her gesehen). Dagegen ist nach ihm Vorrang des Gesetzes nur die Überlegenheit des Gesetzes den abgeleiteten Rechtsquellen gegenüber (das ist der Vorrang des Gesetzes, vom Gesetz her gesehen) und Vorbehalt des Gesetzes der Grundsatz, dass zu einem Eingriff in die Rechtssphäre des einzelnen, also in Freiheit oder Eigentum eine Ermächtigung in Gesetzesform notwendig sei 2) (das ist der Vorbehalt des Gesetzes, vom Gesetz her gesehen).

Diese aufgezeigten Ansätze zur näheren Umgrenzung und Systematisierung der Institute vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, für die Jellineks Einteilung nur als Beispiel dienen sollte 3), werden neuerdings aufgegriffen und fortgeführt. Man hat erkannt, dass sowohl der Vorrang als auch der Vorbehalt des Gesetzes nicht nur aus den Blickpunkten der Einzelverfügung und des Gesetzes betrachtet werden kann, sondern des weiteren auch aus der Sicht der abstrakten Rechtssätze, die von den Regierungs- und Verwaltungsorganen erlassen werden 4).

Sehen wir die Grundsätze vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes aufgrund dieser Erkenntnisse von jeweils drei Standpunkten aus, nämlich von denen der Einzelverfügung, der untergesetzlichen Norm 5) und des Gesetzes, so ergeben sich - für den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes - folgende Formulierungen:

1) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 88.

2) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 121 f.; der Vorrang wird dort auch "Gesetzeskraft" genannt, der Vorbehalt "Erforderlichkeit des Gesetzes".

3) Ähnlich auch Thoma, HdBDStR Bd. 2, S. 221 f., 227 ff. und Plappert, Das Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, 1929, S. 13.

4) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 127, 130 f.; Obermayer, Leitsatz III 1 a (1) bb des Mitberichterstatters zum Thema II: Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, auf der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer 1959 in Erlangen, DÖV 1959, S. 853/857.

5) gleichbedeutend mit der Formulierung in § 47 der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 (BGBl. I S. 17): "eine im Rang unter dem Gesetz stehende Rechtsvorschrift".

a. Das Prinzip vom Vorrang des Gesetzes.

These I (von der Einzelverfügung her gesehen):

Jeder konkrete Akt der Verwaltung ist ungültig, soweit er einem materiellen Gesetz widerspricht.

These II (von der untergesetzlichen Norm her gesehen):

Jede abstrakte Rechtsnorm der Verwaltung ist ungültig, soweit sie einem höherrangigen materiellen Gesetz, insbesondere einem formellen Gesetz widerspricht.

These III (vom Gesetz her gesehen):

Jedes formelle Gesetz kann nur durch ein neues formelles Gesetz abgeändert, aufgehoben oder durchbrochen werden.

b. Das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes.

These IV (von der Einzelverfügung her gesehen):

Jeder konkrete Akt der Verwaltung, der in Freiheit oder Eigentum des Bürgers eingreift, bedarf einer Ermächtigung in einem materiellen Gesetz.

These V (von der untergesetzlichen Norm her gesehen):

Jede abstrakte Rechtsnorm der Verwaltung, die in Freiheit oder Eigentum des Bürgers eingreift, bedarf einer Ermächtigung entweder in einem formellen Gesetz oder in einem höherrangigen materiellen Gesetz, das sich auf ein formelles Gesetz zurückführen lässt.

These VI (vom Gesetz her gesehen):

Jedes allgemeine, in Freiheit oder Eigentum eingreifende Gebot oder Verbot bedarf einer formell-gesetzlichen Regelung 1).

1) vgl. Art. 70 Abs. 1 BayVerf. Die dort fehlende "Freiheit-und-Eigentum-Klausel" dient hier nur der Verdeutlichung; an sich greift jedes Gebot oder Verbot in Freiheit oder Eigentum im weitesten Sinn ein.

2. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung.

a. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit als Oberbegriff der Prinzipien vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes.

Sollen die hier aufgestellten Thesen zum Ausdruck bringen, dass sich der Inhalt der Prinzipien vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes durch jeweils drei Sätze aus drei verschiedenen Blickpunkten beschreiben lässt, so wäre es falsch, in diesen Sätzen gleichzeitig auch den Inhalt des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung zu sehen. Die Regeln, die in den sechs Thesen zu finden sind, befassen sich nämlich inhaltlich nicht nur mit der Verhaltensweise der Verwaltung gegenüber dem Gesetz, sondern darüber hinaus auch mit der Verhaltensweise eines anderen Gewaltträgers.

Um lediglich die Sätze zu erhalten, die den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung ausmachen, braucht man jedoch bloss die Thesen III und VI, die den Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes vom Gesetz selbst her beschreiben, auszuklammern; denn die Frage, wann und in welcher Form ein Gesetz zu ergehen hat, und welche Materien gesetzlich geregelt werden müssen, ist in erster Linie nicht massgebend für die Verwaltung, sondern für den Gesetzgeber. Der Gesetzgeber und nicht die Verwaltung erlässt Gesetze. Es handelt sich also hier nicht um eine Frage nach der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, sondern nur um eine solche nach rechtsstaatlicher Gesetzgebung. Die in den Thesen III und VI aufgestellten, vom Gesetz her gesehenen Forderungen der Prinzipien vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes haben folglich für die Verwaltung keine unmittelbare Bedeutung. Eine mittelbare Bedeutung mag zwar in der teilweisen Abhängigkeit der Thesen voneinander liegen. Besteht aber eine derartige Abhängigkeit, dann äussert sie sich notwendigerweise auch in den beiden anderen jeweils zugehörigen Thesen, die den Vorrang und Vorbehalt von der Einzelverfügung und vom untergesetzlichen Rechtssatz her sehen. 1) Damit braucht auf die mittelbare Bedeutung der vom Gesetz her gesehenen Thesen in diesem Zusammenhang keine Rücksicht genommen zu werden.

1) Am Beispiel der Thesen I bis III vom Vorrang des Gesetzes ist dies anschaulich nachzuweisen: Nach These III kann ein formelles Gesetz nur durch ein neues formelles Gesetz abgeändert werden. Daraus folgt, dass eine Änderung durch Verwaltungsakt oder Rechtsverordnung nicht möglich ist. Insoweit müssen die Thesen I und II auf die These III abgestimmt sein: Dies ist der Fall; denn jeder Verwaltungsakt, der eine gegenüber dem formellen Gesetz abweichende, ändernde Anordnung zum Inhalt hat, widerspricht diesem Gesetz und ist folglich nach These I ungültig. Das gleiche gilt für eine Rechtsverordnung nach These II.

Wir können also feststellen, dass der Vorrang und der Vorbehalt des Gesetzes, soweit sie in ihren Wirkungen auf das Gesetz beschrieben werden, nicht zum Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung gehören. Infolgedessen hat Walter Jellinek nicht ganz unrecht, wenn er - wie oben gezeigt 1) - dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes gegenüberstellt. Insoweit jedoch Jellinek nicht auch innerhalb des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung vom Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes spricht, müssen wir von seiner Terminologie abweichen; denn auch die Thesen, welche die Einzelverfügung und die untergesetzliche Norm zum Ausgangspunkt nehmen (Thesen I und II, IV und V), die Thesen also, die unmittelbar die Gesetzmässigkeit der Verwaltung berühren, weil sie Wirkungen auf die von der Verwaltung erlassenen Akte zum Inhalt haben, befassen sich auf der einen Seite ausschliesslich mit dem Problem der Stufenfolge zwischen den einzelnen staatlichen Willensäusserungen, und auf der anderen Seite ausschliesslich mit dem Problem der Notwendigkeit eines Gesetzes für diese staatlichen Willensäusserungen, mit den Problemen somit, die seit Otto Mayer mit den Schlagworten Vorrang und Vorbehalt bezeichnet werden. Was liegt dann aber näher, als auch innerhalb des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung zwischen Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes zu unterscheiden?

b. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit steht stellvertretend für das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes.

Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung umfasst damit nach unserer Terminologie den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes, soweit diese beiden Prinzipien sich auf die von der Verwaltung zu erlassenden Akte auswirken 2). Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung ist also in diesem Umfang der gemeinsame Oberbegriff der beiden Institute Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes. Der gleichen Begriffsbestimmung bedienen sich etwa Bachof, Ule, H.J. Wolff

1) vgl. S. 19 f.; ähnlich jetzt auch Friesenhahn, Die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verwaltungsrechts, in: Recht-Staat-Wirtschaft Bd. 2, 1950, S. 248; Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 38.

2) Will man in erster Linie Vorrang und Vorbehalt nur vom Gesetz her sehen, so kann man den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung auch als die Kehrseite des Vorrangs und Vorbehalts des Gesetzes bezeichnen; so zu finden bei Roos, Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, S. 124.

und der Schweizer Kägi 1). Wolff spricht jedoch auch von einer "negativen" und "positiven" Bedeutung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit, meint allerdings damit nichts anderes als den Vorrang und den Vorbehalt des Gesetzes. Die früher von Thoma verwendeten Begriffe "Grundsatz der Gesetzmässigkeit im weiteren Sinn" und "Grundsatz der Gesetzmässigkeit im engeren Sinn" 2), hinter denen ebenfalls nichts anderes verborgen ist, als der Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, scheinen heute keine Anhänger mehr zu besitzen. Dagegen wird vielfach noch daran festgehalten, als Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung nur den Satz zu bezeichnen, der die Wirkung des Vorbehalts auf die Einzelakte der Verwaltung aufzeigt (These IV), also die Aussage, dass Eingriffe des Staates in Freiheit oder Eigentum des Bürgers nur aufgrund gesetzlicher Ermächtigung ergehen dürfen. Diese begrifflich begrenzte Auffassung findet sich etwa bei Forsthoff 3) und Friesenhahn 4), wohl auch bei Maunz 5) und vereinzelt in der Rechtsprechung 6). Der Grund für den Gebrauch des Begriffs Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in nur so engem Sinn mag darin liegen, dass hier lediglich der Oberbegriff Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung stellvertretend für den bedeutendsten und gebräuchlichsten seiner Unterfälle steht. Der Vorbehalt des Gesetzes ist nämlich einmal gegenüber dem Vorrang das zuletzt entstandene, weitergehende Prinzip, zum anderen aber wird er heute in der Regel nur vom Einzelakt der Verwaltung her betrachtet. Es mag auch ganz natürlich sein, wenn zu dem Zweck, die volle Tragweite des Prinzips der Gesetzmässigkeit der Verwaltung aufzuzeigen, nur der Vorbehalt des Gesetzes in seiner Wirkung für den belastenden Verwaltungsakt dargestellt wird; denn hier findet der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung seine tiefste Ausprägung und verweist am deutlichsten auf seine durchgreifenden praktischen Auswirkungen. Trotzdem sollte aber im Interesse einer klaren und einheitlichen Terminologie vermieden werden, den Oberbegriff an Stelle eines seiner Teilsätze zu verwenden.

Es ist selbstverständlich, dass der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung auch mit anderen Worten und Formeln umschrieben werden kann als wir sie in unseren Thesen verwendet haben, ohne dass sich dabei eine inhaltliche Änderung ergibt. Wird beispielsweise der Vorbehalt des Gesetzes in den Satz gefasst:

-
- 1) Bachof, Urteilsanmerkung zum Urteil des BVerwG vom 27.6.1955, JZ 1956, S. 36; Ule, Über das Verhältnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, 1957, S. 156; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 34 und 127 ff.; Kägi, Zur Entwicklung des schweizerischen Rechtsstaats seit 1848, ZSR n.F. Bd. 71, 1952, S. 198.
 - 2) Thoma, HdBDStR Bd. 2, S. 227 ff.
 - 3) Forsthoff, Lehrbuch, S. 8, 114, 225.
 - 4) Friesenhahn, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2, S. 248.
 - 5) Maunz, Deutsches Staatsrecht, 9. Auflage 1959, S. 58.
 - 6) BVerwGE 2, S. 114/116 f. = DÖV 1955, S. 635.

"Eingriffe in Freiheit oder Eigentum sind nur aufgrund eines formellen Gesetzes oder einer vom Gesetz abgeleiteten anderen Norm zulässig" 1), so enthält diese Formulierung den Inhalt gleich zweier Thesen, nämlich den Inhalt sowohl der These, die den Vorbehalt des Gesetzes vom Blickpunkt der Einzelverfügung her beschreibt, als auch derjenigen, die den untergesetzlichen Rechtssatz zum Ausgangspunkt nimmt. Nach der einen These darf ein in Freiheit oder Eigentum eingreifender Akt der Verwaltung nur mit einer Ermächtigung in einem materiellen Gesetz ergehen. Dies kann ein formelles Gesetz sein oder eine untergesetzliche Norm. Die zum Eingriff ermächtigende untergesetzliche Norm muss aber nach der anderen These selbst wieder eine Grundlage in einem formellen Gesetz besitzen, so dass ein Eingriff in Freiheit oder Eigentum folglich nur möglich ist, wenn eine Ermächtigung entweder in einem formellen Gesetz oder in einer von einem formellen Gesetz abgeleiteten Norm vorhanden ist. Das aber entspricht genau dem Inhalt unserer als Beispiel angeführten Formulierung.

III. Der notwendige Inhalt des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit für strengere Lehren im heutigen sozialen Rechtsstaat.

Die von uns aufgestellten Thesen sollten zunächst nur zur Auffindung dessen dienen, was begrifflich zum Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung gehört. Jetzt können wir festhalten, dass auch inhaltlich diese Thesen der Auffassung entsprechen, die beim Eintritt in den Staat der Bundesrepublik allgemein vertreten wurde. Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung umfasst somit bei Inkrafttreten des Grundgesetzes die Regeln, die in den Thesen I und II über den Vorrang des Gesetzes, und in den Thesen IV und V über den Vorbehalt des Gesetzes enthalten sind. Eines besonderen Nachweises dieser Behauptung bedarf es hier nicht mehr; denn es ist die alte Lehre vom Grundsatz der Gesetzmässigkeit, die sich in diesen vier Thesen niederschlägt und die nach dem zweiten Weltkrieg lediglich wieder aufgegriffen wird, die Lehre also, die seit den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts herrschend ist.

Der Inhalt der überlieferten Grundsätze ist es, der jetzt der notwendige und anerkannte Mindestinhalt und damit Ausgangspunkt für jede an den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung strengere Anforderungen stellende Lehre wird. Mit dieser Tatsache ist auch die allgemeine Richtung gewiesen und nahezu schon festgelegt, in der sich der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung im sozialen

1) ähnlich etwa die Formel bei Maunz, Staatsrecht, S. 58: Alle staatlichen Handlungen ... müssen sich auf ein formelles Gesetz zurückführen lassen, also "auf Grund" eines formellen Gesetzes erfolgen.

Rechtsstaat noch fortentwickeln kann; denn die alte Lehre ist an der Verwaltung orientiert, die in Freiheit und Eigentum der Bürger eingreift, an der Eingriffsverwaltung. Die Eingriffsverwaltung ist durch den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung schon vor dem Eintritt in den sozialen Rechtsstaat in einem Masse gebunden, wie es stärker kaum möglich ist. Dagegen erfasst der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung im herkömmlichen Sinn nur zu einem geringen Teil die nicht in Rechte der Bürger eingreifende Verwaltung, die Verwaltung also, die heute als "Leistungsverwaltung" oder als "gewährende Verwaltung" bezeichnet wird.

Die Frage nun, ob im sozialen Rechtsstaat unter der Geltung des Grundgesetzes der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung noch im herkömmlichen Sinn oder ob er heute bei der immer weiteren Ausdehnung gerade der Leistungsverwaltung mit einem anderen Inhalt fortgilt, soll jedoch erst beantwortet werden, nachdem wir uns im folgenden Kapitel etwas näher mit der Leistungsverwaltung befassen haben.

ZWEITES KAPITEL DIE LEISTUNGSVERWALTUNG

ERSTER ABSCHNITT.

DAS AUFKOMMEN DER LEISTUNGSVERWALTUNG UND IHRE ENTWICKLUNG.

Der Begriff der Leistungsverwaltung, der mit dem der gewährenden Verwaltung gleichbedeutend ist, wird in neuester Zeit vielfach der Eingriffsverwaltung gegenübergestellt 1). Im Gegensatz zur Eingriffsverwaltung, die sich durch Belastungen äussert, typischerweise mit Befehl und Zwang, mit Eingriffen in Freiheit und Eigentum des Bürgers arbeitet - Hauptbeispiele sind die Polizei- und Steuerverwaltung -, ist das Kennzeichen der Leistungsverwaltung die Gewährung und Vorenthaltung von Wohltaten und Leistungen 2). Wenn die Bedeutung der Leistungsverwaltung auch erst seit der epochemachenden Schrift Ernst Forsthoffs über "Die Verwaltung als Leistungsträger" aus dem Jahre 1938 richtig erkannt wurde, so wäre es ein Irrtum daraus zu schliessen, diese Art der Verwaltung wäre ein Kind der allerneuesten Zeit oder wenigstens des 20. Jahrhunderts 3).

I. Die ersten Beispiele von Leistungsverwaltung.

Gewährende Verwaltung gab es bereits im Mittelalter in der Form der fürstlichen Regalien und städtischen Monopole, erst recht aber im Wohlfahrtsstaat des 18. Jahrhunderts. Auch wenn in dieser Zeit das wirtschaftliche, sittliche und religiöse Wohl der Untertanen überwiegend mit polizeistaatlichen Mitteln, also mit mittelbarem und unmittelbarem Zwang erstrebt wurde, ist doch auch die Form der direkten Leistung an den Untertan bereits gebräuchlich. Man denke nur an die - allerdings bloss durch vorherigen Eingriff ermöglichte - Bereitstellung von Land zum Zwecke der Ansiedlung in Preussen. Beispielhaft ist auch das Preussische Allgemeine Landrecht, das die Tätigkeit des Staates schon ausdrücklich in Gefahrenabwehr und Wohlfahrtspflege aufteilt.

1) Forsthoff, Lehrbuch, S. 321

2) Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar, Art. 1 Abs. 3, Randnr. 109 f., S. 55 f.; Krüger, Staatsverfassung und Wirtschaftsverfassung, DVBl. 1951, S. 364; derselbe, Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl. 1955, S. 381; Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 55; derselbe, JZ 1956, S. 36.

3) so allerdings KG NJW 1957, S. 1076.

Anders lagen die Verhältnisse im bürgerlichen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts. Die neuen Verfassungen waren geprägt von der Trennung zwischen Staat und Gesellschaft, wobei die Gesellschaft als die Daseinsform der damaligen bürgerlichen Schicht zu verstehen ist 1). Der Bürger war zur täglichen Bedarfsdeckung nicht auf den Staat angewiesen, er konnte sich dabei der autonomen Wirtschaft bedienen. Die Gesellschaft regelte - lediglich unter dem Schutz des Staates - ihre Angelegenheiten selbst. Die Volksvertretung als Repräsentantin der Gesellschaft wachte darüber, dass der Staat durch seine Verwaltung keine Versuche mehr unternahm, wie im Wohlfahrtsstaat positiv für das Wohl der Untertanen zu sorgen, sondern dass er sich ganz im Sinne Wilhelm von Humboldts auf die Gewährleistung der äusseren und inneren Sicherheit beschränkte 2). Trotz dieser verfassungsrechtlichen Voraussetzungen, die grundsätzlich nur auf eine mit Eingriffen, mit Befehl und Zwang arbeitende Verwaltung zugeschnitten waren, kam es aber auch im 19. Jahrhundert zu erheblichen unmittelbaren Leistungen und Gewährungen der Träger öffentlicher Gewalt, und zwar stets dann, wenn die technische oder soziale Entwicklung neue Lebensbedürfnisse der Gesellschaft geweckt oder geschaffen hatte, und die Gesellschaft selbst der Befriedigung dieser Bedürfnisse nicht nachkommen konnte, sei es, dass es sich um zu grosse Projekte handelte, oder sei es, dass die Betätigung Privater auf gewissen Gebieten ausgeschlossen war, entweder weil sie keine Aussicht auf Gewinn bot oder weil der Ausbau bestimmter Einrichtungen zu einer Monopolstellung führen musste, die ohne Gefahr für die Allgemeinheit nicht in privater Hand geduldet werden konnte.

Um nur einige dieser damaligen Leistungsaufgaben zu erwähnen, sei etwa an die im Anschluss an die Choleraepidemie in den dreissiger Jahren des vorigen Jahrhunderts aufgekommene Erkenntnis erinnert, dass die bisherigen rein repressiven gesundheitspolizeilichen Massnahmen nicht mehr ausreichten, und mehr Wert auf die Erhaltung und Förderung der Gesundheit gelegt werden müsste. Die aufgrund dieser Erkenntnis angebahnte Entwicklung fand ihren vorläufigen Endpunkt im Reichsimpfgesetz von 1874, das die bis dahin geschaffenen Landesgesetze auf diesem Gebiet ablöste.

1) Forsthoff, Die öffentliche Körperschaft im Bundesstaat, 1931, S. 8 ff.

2) v. Humboldt, Ideen über Staatsverfassung, durch die neue französische Constitution veranlasst, Klassiker der Politik Bd. 6, 1922, S. 8; derselbe, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen, Klassiker der Politik Bd. 6, 1922, S. 36.

Besondere Probleme warfen die seit der Mitte des 19. Jahrhunderts einsetzende Bevölkerungsvermehrung 1) und die damit und mit der aufkommenden Technisierung zusammenhängenden Bevölkerungsbewegungen auf: die Landflucht, die Grosstadtbildung und die Bildung von Industriekreisen. Hierher gehören vor allem der Ausbau des Eisenbahnnetzes und der Betrieb der Eisenbahn, die Übernahme der Post und des Fernsprechwesens durch das Deutsche Reich, der Bau von Häfen und Wasserstrassen, und die Einrichtung staatlicher Banken. Bei den Kommunen ist insbesondere die Übernahme der Versorgungsbetriebe hervorzuheben, so die Gas- und Wasserversorgung und die Einrichtung öffentlicher Verkehrsunternehmen. Daneben begannen die grösseren Städte aber auch schon im vorigen Jahrhundert, das kulturelle Leben durch die Schaffung von Höheren Schulen und Fachschulen, Museen und Theatern zu fördern 2). Zur Leistungsverwaltung des 19. Jahrhunderts ist schliesslich auch die von Bismarck eingeführte Sozialversicherung zu zählen.

II. Das ständige Anwachsen der Leistungsverwaltung.

Die bereits in grossem Umfang bestehenden Leistungsaufgaben des Staates wurden mit Beginn des ersten Weltkriegs und in den darauffolgenden Jahren und Jahrzehnten bis heute immer mehr ausgeweitet. Mit der Kriegswirtschaft übernahm der Staat die Lebensmittelversorgung der Bevölkerung. Von dieser Aufgabe kam er nach Beendigung sowohl des ersten als auch des zweiten Weltkrieges nicht mehr los. Unumgänglich war als Folge der Kriege die Kriegsopferversorgung und die Flüchtlingshilfe, beides Aufgaben des Staates, denen er sich nicht entziehen konnte. Die Vermehrung der Verwaltungsaufgaben des Staates, insbesondere der Aufgaben, für deren Durchführung die Mittel des Befehls und Zwangs ungeeignet sind, also der Leistungsaufgaben, ist aber nicht allein durch die Schäden des Krieges bedingt; diese Vermehrung geht vielmehr auch einher mit der fortschreitenden Vermassung, die eine Angewiesenheit auf öffentliche Leistungen auslöst, und zwar eine Angewiesenheit, die im Gegensatz zur Notwendigkeit der Leistungen, die dem Staat als Folge des Krieges zur Aufgabe werden, von dauerhafter Natur ist 3). So fielen und fallen in der öffentlichen Verwaltung, insbesondere

1) vgl. hierzu Sombart, Der moderne Kapitalismus, Bd. 3, 1. Halbbd., 1927, S. 354 ff.

2) Zur Entwicklung im 19. Jahrhundert vgl. insbesondere: Blaum, Öffentliche Verwaltung und wirtschaftliche Unternehmen, DVBl. 1958, S. 666 ff.; Fischerhof, Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas, Elektrizität und öffentliche Verwaltung, DÖV 1957, S. 305 ff.; E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl. 1953/54, Bd. 1, S. 519.

3) Becker, Die Leistungsaufgaben der öffentlichen Verwaltung, Die Einnehmerei (Fachzeitschrift f. d. ges. Finanzwirtschaft der pfälzischen Gemeinden und Gemeindeverbände) 1956, S. 224.

auf sozialem, kulturellem und wirtschaftlichem Gebiet immer mehr Leistungsaufgaben an, die die Träger öffentlicher Gewalt in Erfüllung allgemeiner Belange übernehmen und mit Rücksicht auf die Erfordernisse der Öffentlichkeit, der Allgemeinheit bewältigen müssen. Der moderne Staat wird zum "Geber" 1) und "Leistungsträger" 2), er steht im Begriffe sich in einen Wohlfahrts- und Versorgungsstaat 3), in einen Leistungsstaat 4) zu verwandeln.

III. Die Behandlung der Leistungsverwaltung in der früheren Literatur.

Das deutsche Verwaltungs- und Verfassungsrecht hat von der Leistungsverwaltung und seiner Ausweitung bis in die jüngste Zeit kaum Kenntnis genommen. Die Lehre Otto Meyers, die von der französischen Theorie, vornehmlich von den Werken Ancocs und Laferrière beeinflusst war und die grundlegend für das deutsche Verwaltungsrecht wurde, baut ausschliesslich auf der am Gegensatz von staatlicher Obrigkeit und bürgerlicher Freiheit orientierten Eingriffsverwaltung auf 5). Diese Eingriffsverwaltung dominiert so sehr in unserem Verwaltungsrecht, dass darüber die bereits seit dem 19. Jahrhundert immer augenfälliger in Erscheinung tretende Leistungsverwaltung lang unbeachtet blieb oder doch zumindest stark vernachlässigt wurde. Heute hat man erkannt, dass die neuen Staatstätigkeiten das Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft gewandelt haben, dass der Staat nicht nur Ordnungsgarant ist, sondern ihm auch zugemutet wird, die gesellschaftliche Ordnung, die Sozialordnung selbst zu gestalten 6). Hierfür reicht eine Dogmatik, die nur von Befehl und Zwang, von Eingriffen in Freiheit und Eigentum geprägt ist, nicht aus 7).

1) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 505.

2) Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, 1938; derselbe, Lehrbuch, S. 320.

3) Ule, Über das Verhältnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, in: Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge, 1957, S. 135.

4) Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1954, S. 48.

5) das gilt nicht nur für das deutsche, sondern auch für das Verwaltungsrecht Österreichs und der Schweiz, vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 321 und die dort angeführte Literatur.

6) H. Huber, Niedergang des Rechts und Krise des Rechtsstaats, in: Demokratie und Rechtsstaat, Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, 1953, S. 75.

7) Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 2.

Bevor diese Erkenntnis sich durchgesetzt hatte, waren es nur wenige Stimmen, die sich gegen das unvollständige Bild von den Verwaltungsaufgaben gewandt haben, auf dem nur der eingreifende Verwaltungsakt zu sehen war. Bereits Robert von Mohl hat in seiner 1832 erstmals erschienenen "Polizei-Wissenschaft" die Forderung nach der "Begrenzung der Eingriffe auf das Notwendige" gestellt, im übrigen aber "Leistung des wirklich Erforderlichen" erstrebt 1). 1864 lehrt Lorenz von Stein die Verpflichtung zur "sozialen Verwaltung", 1871 findet man im Vorspruch zur Verfassung des Deutschen Reiches 2) die Staatszweckbestimmung unter anderem auf die "Pflege der Wohlfahrt" des Volkes gerichtet. Im Jahre 1900 stellt Georg Jellinek der obrigkeitlichen Tätigkeit des Staates eine soziale gegenüber 3), Eduard Rosenthal verlangt 1913 die Verwirklichung der sozialen Gerechtigkeit als Staatsaufgabe 4), während Erich Kaufmann zur selben Zeit die Verwaltung als "den Inbegriff der Leistungen des Staates" definiert 5). Schliesslich schreibt Walter Jellinek 1928, die obrigkeitliche Verwaltung sei "nicht die einzige Art von öffentlicher Verwaltung, für das Wohl und Wehe der Bevölkerung vielleicht nicht einmal die wichtigste" 6).

Auf derselben Linie liegt es, wenn der amerikanische Präsident Franklin D. Roosevelt, der am 6. Januar 1941 seine berühmten vier Freiheiten verkündete, im Gegensatz zu den herkömmlichen Grundrechten, die lediglich einen Schutz des Individuums gegen Beeinträchtigungen der Freiheit und des Eigentums bieten, auch die positive "Freiheit von materieller Not" zu den Freiheiten zählt, auf denen die künftige Weltordnung aufgebaut sein soll 7).

-
- 1) v. Mohl, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaats, 3. Aufl. 1866, Bd. 1, S. 19 ff. und 28 ff.
 - 2) Gesetz, betreffend die Verfassung des Deutschen Reiches vom 16.4.1871, RGBL. S. 63.
 - 3) G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1. Aufl. 1900, 6. Neudruck der 3. Aufl. 1959, S. 622 ff.
 - 4) Rosenthal, Der Wandel der Staatsaufgaben in der letzten Geschichtsperiode, 1913, insbesondere S. 20 ff.
 - 5) E. Kaufmann, Verwaltung, Verwaltungsrecht, in: Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begründet von Stengel, 2. Auflage herausgegeben von Fleischmann, Bd. 3, 1914, S. 688.
 - 6) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1. Aufl. 1928, S. 21.
 - 7) vgl. Friesenhahn, Die internationale Deklaration der Menschenrechte, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2, S. 64 ff.

ZWEITER ABSCHNITT. DER BEGRIFF DER LEISTUNGSVERWALTUNG.

I. Begriffsbestimmung und Synonyma.

Heute hat sich der Begriff Leistungsverwaltung im Verwaltungsrecht weitgehend eingebürgert ¹⁾. Freilich hat er noch keine einheitliche Definition gefunden. Hier soll der Begriff in einem sehr weiten Sinn gebraucht werden: Leistungsverwaltung ist die Tätigkeit der öffentlichen Verwaltung, durch welche einzelnen, bestimmten Personenkreisen oder der Allgemeinheit Leistungen oder sonstige Vorteile gewährt werden.

Bei dieser weiten Begriffsbestimmung bleibt im Rahmen der Einteilung der Verwaltungstätigkeit neben dem Begriffspaar Eingriffs- und Leistungsverwaltung kein Raum für einen weiteren Verwaltungstyp. Jedes Handeln der Verwaltung, das sich nach aussen hin gegenüber Dritten äussert, kann bei Zugrundelegung dieser Begriffsbestimmung entweder der Eingriffsverwaltung oder der Leistungsverwaltung zugeordnet werden. Ausnahmen von diesem Satz gibt es nur, soweit gewisse Verwaltungsausserungen sowohl der Eingriffsverwaltung als auch der Leistungsverwaltung zugerechnet werden können. Auf sie wird noch zurückzukommen sein. Dagegen sind Tätigkeiten der Verwaltung - immer abgesehen von reinen Interna -, die ausserhalb von Eingriffs- und Leistungsverwaltung liegen, also einem dritten Verwaltungstyp angehören, ausgeschlossen. Das "Nehmen" der Eingriffsverwaltung und das "Geben" der Leistungsverwaltung sind zwei die Beziehungen zweier Subjekte erschöpfende Tätigkeiten. Wenn in der Literatur neben das Begriffspaar der Eingriffs- und Leistungsverwaltung noch andere Verwaltungsbereiche gestellt werden, sind dort notgedrungen die Bereiche der Eingriffsverwaltung und der Leistungsverwaltung enger gefasst, und zwar entweder beide oder einer von ihnen. In der Regel ist es der Begriff der Leistungsverwaltung.

1) Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 55; derselbe, JZ 1956, S. 36; Becker, Die Einnahmerei 1956, S. 217, 224; Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Randnr. 109, S. 55; Klüber, Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung, DVBl. 1957, S. 827 ff.; Loschelder, Die Wahrung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in ihrem Verhältnis zur Leistungsverwaltung, DVBl. 1957, S. 819 ff.; Obermayer, Das Bundesverfassungsgericht und der Vorbehalt des Gesetzes, DVBl. 1959, S. 356; Richter, Neue Formen für das Leistungsverwaltungsrecht, NJW 1958, S. 1518; Rupp, Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, DVBl. 1958, S. 114.

Bevor auf die abweichenden Auffassungen in der Literatur über den Begriff der Leistungsverwaltung eingegangen wird, sind kurz die Synonyma aufzuzählen, die heute vielfach an Stelle der Begriffe Eingriffs- und Leistungsverwaltung gesetzt werden und die auch im folgenden mit gleicher Bedeutung verwendet werden sollen. So findet man vielfach statt Eingriffsverwaltung die Ausdrücke befehlende Verwaltung 1), Befehlsverwaltung 2) oder Ordnungsverwaltung 3), statt Leistungsverwaltung: gewährende 4) oder leistende Verwaltung 5), aber auch leistungsgewährende 6) und darreichende Verwaltung 7).

II. Abweichende Auffassungen und Abgrenzungen.

1. Der Begriff der Leistungsverwaltung bei Kreutzer.

Ein verhältnismässig enger Begriff der Leistungsverwaltung ist bei Heinz Kreutzer zu finden 8). Neben die Ordnungsverwaltung, zu der nach ihm alle Massnahmen zählen, die der Aufrechterhaltung des politischen und sozialen status quo, der Gefahrenabwehr und Schadensverhütung dienen, beispielsweise also die Polizei, Bau-, Gesundheits- und Gewerbeaufsicht, die Landesverteidigung, die Steuer- und Zollverwaltung, stellt er einerseits die Betreuungsverwaltung und andererseits die Leistungsverwaltung. Aufgabe der Betreuungsverwaltung sei der Ausgleich und die Beseitigung individueller und sozialer Schäden, hierher gehöre jegliche

-
- 1) z.B. Menger, Rechtssatz, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, S. 587.
 - 2) z.B. Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956, S. 10 = DVBl. 1956, S. 463.
 - 3) z.B. Kreutzer, Verwaltung, in: Das Fischer-Lexikon, Band Staat und Politik, 1957, S. 307. Ähnlich der Begriff "ordnende Verwaltung" bei Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 16. Die Ordnungsverwaltung umfasst eigentlich nur einen Teil der Eingriffsverwaltung, so z.B. nicht die Verwaltung der Steuern und Zölle. Richtig: Menger, DÖV 1955, S. 587 f. Als pars maior pro toto kann man den Begriff Ordnungsverwaltung aber verwenden.
 - 4) z.B. Krüger, DVBl. 1955, S. 381; Forsthoff, Lehrbuch, S. 198.
 - 5) z.B. Forsthoff, Lehrbuch, S. 321; Loschelder, DVBl. 1957, S. 821; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 16.
 - 6) z.B. Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 41.
 - 7) z.B. BVerfGE 6, S. 55/76 und BVerfG NJW 1960, S. 955/957.
 - 8) Kreutzer, Das Fischer-Lexikon, Band Staat und Politik, S. 307 f.

Fürsorge, aber etwa auch die Wohnbauförderung und anderes mehr. Zur Leistungsverwaltung dagegen rechnet Kreutzer alle Massnahmen zur Sicherung gewisser wirtschaftlicher und kultureller Leistungen, die zwar an sich auch von Privaten erbracht werden könnten, aber nicht privatwirtschaftlichen Rentabilitätsgründen unterliegen sollen. Er unterscheidet dabei lebensnotwendige Leistungen wie etwa die Verkehrs- und Versorgungsunternehmen, das Schul- und Bildungswesen von den Mitteln zur Befriedigung gehobener Bedürfnisse wie Theater und Museen.

Bei seiner Einteilung übersieht Kreutzer, dass in dem von ihm "Betreuungsverwaltung" genannten Bereich die Verwaltung auch nur mit Leistungen arbeitet, die einzelnen, zum Beispiel den Fürsorgeempfängern, zugute kommen, und dass somit die Betreuungsverwaltung nur ein Unterfall der Leistungsverwaltung sein kann.

2. Der Begriff der Leistungsverwaltung bei Hans J. Wolff.

Wesentlich weiter als Kreutzer grenzt Hans J. Wolff den Begriff der leistenden Verwaltung ab 1). Nach ihm hat sie schlechthin für die Lebensmöglichkeit der Mitglieder des Gemeinwesens zu sorgen, zum Beispiel durch Bereitstellung von Wasser, Strom, Gas, Verkehrswegen und Verkehrsmitteln, durch Fürsorge in Notlagen, durch Kultur- und Wirtschaftsförderung. Auch Wolff stellt die Leistungsverwaltung nicht allein der Eingriffsverwaltung gegenüber, ja er setzt sogar beide Typen rein äusserlich überhaupt nicht zueinander in Beziehung. Er unterscheidet vielmehr einmal nach "dem Gehalt der verwaltenden Tätigkeit" und reiht hierbei die leistende Verwaltung zwischen die ordnende Verwaltung, die verteilende Verwaltung und die Bedarfsverwaltung ein, zum anderen trifft er eine Unterscheidung nach den Tätigkeitsformen, wobei er in die pflegende Verwaltung, die Eingriffsverwaltung und die wirtschaftende Verwaltung unterteilt. Wolff gesteht selbst zu, dass sich beide Unterscheidungen kreuzen, und es ergibt sich denn auch bei einer näheren Untersuchung beider Einteilungen, dass sich jede von ihnen auf das Begriffspaar Eingriffsverwaltung und Leistungsverwaltung zurückführen lässt.

Bei der ersten Unterscheidung kann man die ordnende Verwaltung, die nach Wolff für die gute Ordnung des Gemeinwesens zu sorgen hat, indem sie vornehmlich, aber nicht ausschliesslich Störungen abwendet, bedenkenlos der Eingriffsverwaltung zurechnen. Das zeigen auch die von Wolff erwähnten Beispiele der Verkehrspolizei und der Bauordnungsverwaltung.

Die verteilende Verwaltung hingegen, die "für den Einsatz der vorhandenen persönlichen und sachlichen Kräfte - sozialgestaltend - für einen gerechten Ausgleich zwischen den Volksgenossen" verantwortlich ist, bedient sich zur Erfüllung ihrer Aufgaben sowohl des Eingriffs als auch der Leistung. In der Steuerverwaltung etwa

1) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 16 f.

stellen sich Festsetzung und Einziehung der Steuerbeträge stets als Eingriff dar, gleichgültig ob nun der eine Bürger mehr oder weniger an Steuern zu entrichten hat als der andere. Bei dem weiteren von Wolff gebrachten Beispiel, der Wohnungsbauförderung, handelt es sich dagegen immer nur um Vorteile, die einzelnen zugute kommen, nämlich um Steuerfreiheit, staatliche Darlehen oder Bau-sparprämien. Den gerechten Ausgleich unter den Staatsbürgern kann die Verwaltung also auf zweierlei Weise herbeiführen, nämlich einmal dadurch, dass sie durch Eingriffe den einen mehr nimmt als anderen, zum zweiten dadurch, dass sie durch Leistungen den einen mehr gibt als anderen.

Die letzte von Wolff innerhalb seiner ersten Unterscheidung angeführte Verwaltungsart, die Bedarfsverwaltung, die nach ihm für die Bereitstellung der zur Erfüllung der öffentlichen Zwecke erforderlichen persönlichen und sachlichen Mittel zu sorgen hat, ist ebenfalls teils leistende, teils eingreifende Verwaltung. Wenn zum Beispiel Beamte ernannt werden, stehen diese in einem besonderen Gewaltverhältnis, innerhalb dessen ihnen gegenüber einerseits einzelne Eingriffsrechte bestehen, wie etwa das Recht der Verwaltung zur Versetzung der Beamten; andererseits aber ist dem Beamten ein Gehalt zu zahlen. Sachliche Mittel erwirbt die Bedarfsverwaltung regelmässig durch einen Kauf nach bürgerlichem Recht. Auch hier ist eine Leistung zu erbringen, nämlich der Kaufpreis.

In der zweiten Einteilungsgruppe Wolffs finden wir neben der Eingriffsverwaltung die pflegende Verwaltung. Dieser Begriff wird in der Literatur auch schlechthin an Stelle des Begriffs der gewährenden Verwaltung gebraucht und dann allein der Eingriffsverwaltung gegenüber gestellt 1). Die pflegende Verwaltung ist aber ähnlich wie die Betreuungsverwaltung nur ein Ausschnitt aus dem Gesamtbereich der Verwaltung, in dem Leistungen und Wohltaten gewährt werden. Nicht mit jeder Leistung der Verwaltung ist eine "Pflege" verbunden. So fasst auch Wolff den Begriff der pflegenden Verwaltung sehr weit und stellt ihn nahezu der leistenden Verwaltung gleich, wenn er schreibt, pflegende Verwaltung sei die Verwaltung, die ohne Zwang selbsttätig die öffentlichen Angelegenheiten besorge, Sachen und Leistungen bereitstelle, unterstütze, helfe und fördere.

Zur eingreifenden und pflegenden Verwaltung gesellt sich in dieser Gruppe noch die wirtschaftende Verwaltung, mit welcher Wolff die am Wirtschaftsleben ohne Zwangsgewalt teilnehmende Verwaltung versteht und unter welche er zum Beispiel die staatliche Forstverwaltung und den Betrieb staatlicher Brauereien zählt. Auch hier haben wir es zum Teil mit Leistungsverwaltung zu tun, nämlich dann, wenn die wirtschaftende Verwaltung ihre herausgewirtschafteten Erzeugnisse an Dritte abgibt oder wenn sie Rohstoffe ankauft und hierfür den Kaufpreis bezahlt.

1) Menger, DÖV 1955, S. 587 ff.; Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Randnr. 109, S. 55.

Wir können aufgrund der näheren Betrachtung dieser beiden Einteilungsgruppen feststellen, dass nicht nur in dem Bereich der Verwaltung, den Wolff die leistende Verwaltung nennt, sondern auch im Bereich anderer Verwaltungsarten vom Staat Leistungen und Vorteile der verschiedensten Art gegenüber den Staatsbürgern erbracht werden. Damit erweist sich der Begriff der leistenden Verwaltung bei Wolff gegenüber der von uns gesetzten Definition als wesentlich enger.

3. Der Begriff der Leistungsverwaltung bei Forsthoff.

Erheblich weiter wiederum als Wolff fasst Ernst Forsthoff den Begriff der leistenden Verwaltung 1). Er prägte schon 1938 das Schlagwort der Daseinsvorsorge 2), das die Funktionen der leistenden Verwaltung zusammenfassen soll. Die Daseinsvorsorge lässt er über das eigentliche Gebiet des Verwaltungsrechts hinausgreifen und dehnt sie damit auf andere Sparten der Rechtswissenschaft aus, so auf das Wirtschaftsrecht, das Arbeitsrecht und das Sozialversicherungsrecht. Nach ihm sollen der Daseinsvorsorge alle Leistungen der Verwaltung an die Staatsgenossen zugerechnet werden, gleichgültig, ob sie lebensnotwendig sind wie etwa die Leistungen von Wasser, Gas und Elektrizität, oder ob der Staatsbürger nicht notwendig auf sie angewiesen ist. "Alles, was von seiten der Verwaltung geschieht, um die Allgemeinheit oder nach objektiven Merkmalen bestimmte Personenkreise in den Genuss nützlicher Leistungen zu versetzen, ist Daseinsvorsorge" 3).

Diese Definition ist allumfassend und trifft genau das, was die Leistungsverwaltung ausmacht. Jedoch muss Forsthoff insoweit entgegengetreten werden, als er durch diese Definition auch den Begriff der Daseinsvorsorge bestimmt 4). Mit anderen Worten: Leistende Verwaltung und Daseinsvorsorge sind zwei verschiedene Begriffe und nicht ein und dasselbe. Einmal ist Daseinsvorsorge nicht nur Aufgabe der öffentlichen Verwaltung, sondern auch Aufgabe der privaten Wirtschaft; zum anderen aber umfasst die Daseinsvorsorge - soweit sie von der öffentlichen Verwaltung wahrgenommen wird - nur einen engeren, einen Teilbereich der leistenden Verwaltung 5).

Die Einschränkungen des Begriffs Daseinsvorsorge sind in drei Richtungen vorzunehmen. Sie ergeben sich zum Teil unmittelbar aus dem Begriff selbst. Einmal

1) Forsthoff, Lehrbuch, S. 320 ff.

2) Forsthoff, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 6.

3) Forsthoff, Lehrbuch, S. 322.

4) in gleicher Weise unrichtig: Menger, DÖV 1955, S. 588, der von "Verwaltung der Daseinsvorsorge" spricht, aber Leistungsverwaltung meint, und BVerwGE 7, S. 180/181 = NJW 1958, S. 2128.

5) ebenso Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 55.

deutet das Wort "Vorsorge" darauf hin, dass nur vorsorgende, also präventiv wirkende Massnahmen zur Erhaltung der bestehenden Daseinsformen unter den Begriff Daseinsvorsorge fallen. Nicht hierher gehört deshalb zum Beispiel die staatliche Fürsorge 1), die nur repressiv wirkt, die also nur eingreift, wenn bereits eine Hilfsbedürftigkeit einzelner besteht. Zweitens gehören zur Daseinsvorsorge nur Leistungen zugunsten der Allgemeinheit, die allerdings jedermann zur Verfügung stehen, nicht aber auch Leistungen unmittelbar zugunsten einzelner 2). Zum dritten umfasst die Daseinsvorsorge schliesslich nur die existenzwichtigen Leistungen, also diejenigen, die zur Erhaltung des "Daseins" unbedingt erforderlich sind. Alle anderen Leistungen, die nicht mehr nur der Erhaltung des Daseins dienen, sondern die zur Verschönerung, Bequemlichkeit oder Erleichterung des Daseins beitragen, sind nicht mehr "Daseinsvorsorge". Zu ihr zählen also im Gegensatz zur Auffassung Forsthoffs nicht alle nützlichen Leistungen, sondern nur die lebensnotwendigen 3).

Sehen wir in der Daseinsvorsorge alle präventiv wirkenden, lebensnotwendigen Leistungen zugunsten der Allgemeinheit, die jedermann zur Verfügung stehen, so ist diese unsere Definition gegenüber der Forsthoffs einerseits wesentlich eingeschränkt, andererseits enthält sie aber auch gleichzeitig eine Erweiterung dahin, dass nicht nur die Leistungen des Staates und sonstiger Verwaltungsträger, sondern auch diejenigen von privater Seite darunter fallen. Soweit lediglich die daseinsvorsorgenden Leistungen erfasst werden sollen, die der Staat oder sonstige Verwaltungsträger zu erbringen haben, ist es notwendig - worauf Hamann bereits hingewiesen hat 4) - nur von öffentlicher Daseinsvorsorge zu sprechen; denn die Daseinsvorsorge schlechthin ist keine der Verwaltung eigentümliche und für sie typische Funktion. Vielmehr ist sie in erster Linie Sache der allgemeinen Wirtschaft 5).

1) so schon Forsthoff selbst, Die Verwaltung als Leistungsträger, S. 5, Fussn. 6, und S. 41, allerdings unklar S. 47. Ebenso: Becker, Verwaltung und Verwaltungsrechtsprechung, VVDStRL Heft 14, 1956, S. 110; derselbe, Entwicklung und Aufgaben der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge, 1957, S. 24; Hamann, Grundgesetz S. 285; Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 46.

2) Becker, VVDStRL Heft 14, S. 109.

3) so auch Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, 1958, S. 69; a. A. ausser Forsthoff, auch Becker, VVDStRL Heft 14, S. 109.

4) Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 68; derselbe, Wirtschaftswerbung im Rundfunk und Fernsehen, NJW 1957, S. 1424 mit Fussn. 30.

5) vgl. ausser Hamann auch Dürig, Die Geltung der Grundrechte für den Staatsfiskus und sonstige Fiskalate, BVBl. 1959, S. 203; derselbe in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 19 Abs. 3, Fussn. 1 bei Randnr. 47, S. 31; Maunz, Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, VerWA Bd. 50, 1959, S. 318 ff.; Fischerhof, "Daseinsvorsorge" und wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, DÖV 1960, S. 44.

Mit Recht werden in diesem Zusammenhang die Landwirtschaft, der Lebensmittelgross- und -einzelhandel, die Bauwirtschaft und der private Hausbesitz als Beispiele erwähnt. Zur öffentlichen Daseinsvorsorge gehören also nur die Leistungen, die ihrem Wesen nach von der organisierten Gemeinschaft erbracht werden müssen.

Da Forsthoff zur Daseinsvorsorge nur das zählt, "was von seiten der Verwaltung geschieht", meint er somit immer nur öffentliche Daseinsvorsorge in unserem Sinn. Sein Begriff "Daseinsvorsorge" kann - abgesehen von den oben gemachten Einschränkungen - getrost mit "öffentlicher Daseinsvorsorge" gleichgesetzt werden, zumal er selbst an einer Stelle von "staatlicher Daseinsvorsorge" spricht 1).

Forsthoff scheint auch von dem Unterschied zwischen der leistenden Verwaltung und der öffentlichen Daseinsvorsorge selbst etwas zu spüren. Das zeigt die von ihm vorgenommene Einordnung der erwerbswirtschaftlich - fiskalischen Betätigung der öffentlichen Hand, die allgemein nicht zur öffentlichen Daseinsvorsorge gerechnet wird. Ebenfalls bemüht, diese Betätigung der öffentlichen Hand aus der öffentlichen Daseinsvorsorge auszuklammern, kommt hier Forsthoff offensichtlich in Schwierigkeiten. Es ist nämlich nicht zu leugnen, dass die erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Unternehmungen wie jede wirtschaftliche Unternehmung der öffentlichen Hand unmittelbare Leistungen gegenüber den Staatsbürgern erbringen. So liefert beispielsweise eine städtische oder staatliche Brauerei Bier aus, eine Porzellanmanufaktur verkauft ihr Porzellan. Da nun aber Forsthoff die Auffassung vertritt, alle Leistungen der Verwaltung an die Staatsbürger seien der öffentlichen Daseinsvorsorge zuzurechnen, müsste er folglich auch die erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Unternehmen, da sie Leistungen erbringen, zur öffentlichen Daseinsvorsorge zählen.

Durch folgende Differenzierung glaubt Forsthoff aus diesem Dilemma herauszukommen: "Wirtschaftliche Unternehmungen dienen der Daseinsvorsorge dann, wenn sie unmittelbar den einzelnen Staatsgenossen Leistungen und Vorteile gewähren; unmittelbar muss der Vorteil sein, d.h. er muss dem Einzelnen direkt zugute kommen. Das trifft für die fiskalische Betätigung nicht zu, mit welcher die Verwaltung ihren eigenen, in aller Regel finanziellen Vorteil sucht, der nur indirekt auch ein Vorteil des Einzelnen sein kann, als die Einnahmen aus fiskalischen Unternehmungen eine Ermässigung der steuerlichen Umlagen gestatten" 2).

Forsthoff behauptet also, die erwerbswirtschaftlich-fiskalischen Unternehmungen brächten den Staatsbürgern keine unmittelbaren Leistungen und Vorteile und könnten aus diesem Grunde nicht zur öffentlichen Daseinsvorsorge gehören. Einer sol-

1) Forsthoff, Lehrbuch, S. 453.

2) Forsthoff, Lehrbuch, S. 323.

chen Begründung kann nicht gefolgt werden; denn eine als wirtschaftliches Unternehmen betriebene Brauerei bringt durch die Auslieferung ihres Bieres den einzelnen in derselben Weise Leistungen und Vorteile wie etwa ein als wirtschaftliches Unternehmen der öffentlichen Hand betriebenes, üblicherweise 1) und auch von Forsthoff 2) der öffentlichen Daseinsvorsorge zugerechnetes Gas- oder Elektrizitätswerk durch Abgabe von Gas oder Strom. Hier ist kein Unterschied zu erkennen. Der Fehler Forsthoffs liegt darin, dass er im einen Fall auf die Leistung abstellt, im anderen dagegen nur auf die Gegenleistung.

Forsthoff hätte sich das Suchen nach einem - nicht zu findenden - Ausweg aus diesem Dilemma ersparen können, wenn er den Begriff der öffentlichen Daseinsvorsorge nicht mit dem der leistenden Verwaltung gleichgesetzt hätte: Die erwerbswirtschaftlich-fiskalische Betätigung der öffentlichen Hand gehört dann, da sie Leistungen erbringt, zwar zur Leistungsverwaltung, aber, da sie nicht lebensnotwendige Leistungen schafft, die durch die organisierte Gemeinschaft erbracht werden müssten, nicht zur öffentlichen Daseinsvorsorge.

4. Der Begriff der Leistungsverwaltung bei Becker.

Mussten wir bei Forsthoff auch erhebliche Bedenken gegen seinen Begriff der Daseinsvorsorge anmelden, so fanden wir bei ihm wenigstens einen Begriff der leistenden Verwaltung, der dem unseren entspricht. Im folgenden haben wir uns mit einem wesentlich weiteren Begriff zu befassen.

Erich Becker kommt das Verdienst zu, sich mit Nachdruck um die Systematisierung der Leistungsaufgaben bemüht zu haben 3). Er teilt die Leistungsaufgaben in vier Gruppen ein, die Daseinsvorsorge, die Fürsorge, die Massnahmen zur Überwindung allgemeiner Notlagen und die Förderung einzelner Personen. Zur Gruppe der Daseinsvorsorge zählt er die Wahrung der Sicherheit und Ordnung, ausserdem die sozialen, kulturellen und wirtschaftlichen Aufgaben. Aus dem Rahmen fällt hier zweifellos die Wahrung der Sicherheit und Ordnung, die herkömmlich zur Eingriffsverwaltung gerechnet wird. Es mag zugegeben werden, dass auch zur Wahrung von Sicherheit und Ordnung Aufgaben anfallen können, die als reine Leistungen der Verwaltung zu betrachten sind; man denke etwa an die Beratung von Banken und Sparkassen durch Organe der Polizei zur Verhütung von Einbrüchen 4). Insoweit ist die von Becker vorgenommene Einordnung sicher richtig. Becker möchte aber auch die eigentliche Eingriffsverwaltung als eine

1) vgl. BayVerfGH DÖV 1958, S. 216/217 = BVBl. 1958, S. 51/53.

2) Lehrbuch, S. 358 f.

3) Becker, VVDStRL Heft 14, S. 105 ff.; derselbe, Die Einnahmerei 1956, S. 213 ff.

4) Loschelder, DVBl. 1957, S. 823 mit weiteren Beispielen.

staatliche Leistung betrachtet wissen. "Ihre Gebote, Verbote, Verpflichtungen zum Dulden und Unterlassen, Erlaubnisse, Dispense, Genehmigungen, Verleihungen und ihre Versagung sowie die Forderung von Abgaben sind hoheitliche Mittel zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben, die nicht nur auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum, sondern mittelbar auf Erfüllung von Leistungsaufgaben gerichtet sind" 1). Der Gesamtbereich der Eingriffsverwaltung stelle sich als eine notwendige Komplementärfunktion zur Erfüllung von Leistungsaufgaben dar, die Herstellung und Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung seien deshalb eine Leistung ersten Ranges und bildeten geradezu die Voraussetzung für die Erfüllung weiterer Leistungen.

Eine derart weite Ausdehnung des Begriffs Leistungsverwaltung scheint jedoch nicht gerechtfertigt. Zwar ist richtig, dass jede staatliche Betätigungsform der Allgemeinheit dient und insoweit als Aufgabenerfüllung und Zweckverwirklichung einen Beitrag für das gemeine Wohl leistet. Mit Recht ist aber eingewandt worden, man dürfe beim Begriff der Leistungs- und Eingriffsverwaltung nicht allein auf die Aufgaben und Zwecke der Verwaltung abstellen, wie Becker es tut, sonst liesse sich jede Verwaltung des Staates als Leistungsverwaltung kennzeichnen, womit der Begriff der Leistungsverwaltung seinen spezifischen Sinn verliere. Sinnvoll könnten die Begriffe Leistungs- und Eingriffsverwaltung nur dann gebraucht werden, wenn es um die Beschreibung des Vollzugs, der Art und Weise der Verwirklichung der Staatsaufgaben und der dabei eingesetzten Mittel gehe 2). Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen; denn schliesslich haben die Verben "eingreifen" und "leisten" auch nur Bewegungsvorgänge zum Inhalt, die die Art und Weise eines Vorgehens beschreiben.

Der Auffassung Beckers kann man auch mit folgender Argumentation entgegen-treten 3): Alle Eingriffe, die von der Verwaltung in Wahrnehmung ihrer Aufgabe vorgenommen werden, die Sicherheit und Ordnung aufrechtzuerhalten, kommen den Bürgern nicht unmittelbar zugute, auch wenn diese Eingriffe an den Interessen der Bürger orientiert sind. Höchstens mittelbar hat die Allgemeinheit davon Nutzen und Vorteil. Solch mittelbare Vorteile sind aber der Leistungsverwaltung nicht zurechenbar; denn mittelbar wird oder sollte doch jede Verwaltungstätigkeit Leistungen für die Allgemeinheit erbringen. Auch auf diesem Wege käme man zu einer Ausweitung des Begriffs Leistungsverwaltung, in deren Folge das Spezifische einer Leistung nicht mehr zu erkennen wäre.

1) Becker, VVDStRL Heft 14, S. 107.

2) Rupp, DVBl. 1958, S. 114; ebenso auch Bachof, Diskussionsbeitrag in VVDStRL Heft 14, S. 174 f.; Forsthoff, Lehrbuch, S. 322, Fussn. 1.

3) so Klüber, DVBl. 1957, S. 827 f.

5. Weitere Abgrenzungen.

Nach dem bisher Gesagten fällt es nicht schwer, einen weiteren Begriff aus der Reihe derer auszuschneiden, die in der Literatur dem Begriff der Leistungsverwaltung gleichgestellt werden: die Fürsorgeverwaltung. Sie kann immer nur einen Teil der Leistungsverwaltung darstellen, da nicht allein durch sie unmittelbare Leistungen erbracht werden. Auch mit einem wenigssagenden Zusatz versehen - Fürsorgeverwaltung im weiteren Sinn 1) -, bleibt sie Fürsorgeverwaltung und kann über den einmal herrschenden Begriff der Fürsorge, der sich in der Unterstützung Hilfsbedürftiger erschöpft, nicht hinaus.

Endlich ist noch ein Begriff zu erwähnen, von dem allerdings erst später gesagt werden kann, ob er sich mit dem der Leistungsverwaltung deckt. Im Gegensatz zur Eingriffsverwaltung, die stets von einem Gesetz abhängig, also gesetzessakessorisch sein muss, wird hin und wieder von einer nichtgesetzessakessorischen Verwaltung gesprochen 2). Mit diesem Begriff wird bereits eine Antwort auf die - erst im dritten Kapitel zu entscheidende - Frage, ob die Leistungsverwaltung einer gesetzlichen Grundlage bedarf, vorweggenommen. Nur dann, wenn sich ergeben sollte, dass die Leistungsverwaltung in keiner Weise von einer gesetzlichen Ermächtigung abhängig ist, wäre es berechtigt, die Leistungsverwaltung als nichtgesetzessakessorische Verwaltung zu bezeichnen.

DRITTER ABSCHNITT.

DIE EINZELNEN LEISTUNGEN DER VERWALTUNG.

Will man versuchen, die Leistungen und Vorteile aufzuzählen, welche durch die Leistungsverwaltung im Sinne unserer Definition gewährt werden, so stößt man insbesondere in einer Richtung auf Schwierigkeiten: Die Abgrenzung zur Eingriffsverwaltung fällt nicht immer leicht; denn auf manchen Gebieten arbeitet die Verwaltung mit Eingriffen und Leistungen gleichzeitig oder die Formen der Leistungs- und Eingriffsverwaltung sind miteinander verzahnt 3), sind in sich komplexer Natur. Nach der einen Seite gewährt die Verwaltung eine Begünstigung, nach der anderen greift sie in die Interessen Dritter ein. Allein hieraus ist ersichtlich, dass

1) Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Randnr. 109, S. 55.

2) Becker, Die Einnehmerei 1956, S. 217; Köttgen, Der Einfluss des Bundes auf die deutsche Verwaltung und die Organisation der bundeseigenen Verwaltung, JöR n.F. Bd. 3, 1954, S. 78.

3) Werner, Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht, DVBl. 1959, S. 530.

nicht schlechthin ein Verwaltungszweig als der Leistungsverwaltung oder der Eingriffsverwaltung zugehörig bezeichnet werden kann, sondern dass es immer auf das einzelne Rechtsverhältnis ankommt. Zwar lässt sich in den meisten Fällen sagen, ein bestimmter Verwaltungszweig befasse sich vorwiegend mit Leistungsverhältnissen und sei deshalb der Leistungsverwaltung zuzurechnen; in den Grenzfällen aber ist eine juristisch exakte Feststellung dahin, ob Leistungs- oder Eingriffsverwaltung vorliegt, nur im Bereich des einzelnen konkreten Rechtsverhältnisses des Bürgers zum Staat oder zum sonstigen Verwaltungsträger möglich 1).

So gehören beispielsweise bei der Pflichtversicherung die einzelnen Leistungen der Versicherer zur Leistungsverwaltung, während die Beiträge, welche die Versicherungsnehmer zwangsweise zu leisten haben, Eingriffsverwaltung darstellen 2). Was den Vollzug des Lastenausgleichsgesetzes 3) betrifft, so sind die Vermögensabgaben, die von den Staatsbürgern gefordert werden, ohne Zweifel der Eingriffsverwaltung zugehörig. Über die Zurechnung der Leistungen an die Anspruchsberechtigten hingegen herrscht insofern Streit, als einerseits gesagt wird, hier handle es sich um Leistungsverwaltung, andererseits aber argumentiert wird, es liege eingreifende Verwaltung vor, und zwar deswegen, weil es um die Beseitigung vorausgegangener - durch Krieg oder Vertreibung verursachter - Eingriffe gehe, so dass die Versagung einer Ausgleichsleistung gegenüber einem Geschädigten durch hoheitlichen Akt im Effekt nicht weniger ein Eingriff sei als die Auferlegung einer Vermögensabgabe gegenüber einer Person, die ihr Vermögen über den Zusammenbruch hinwegretten konnte 4). Gegen diese Argumentation ist einzuwenden, dass der ursprüngliche, durch Krieg oder Vertreibung verursachte Eingriff nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Bewilligung eines Lastenausgleichsanspruchs oder dessen Ablehnung steht. Vielmehr ist das hier massgebende konkrete Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger erst durch die Lastenausgleichsgesetzgebung entstanden, und die von den Bürgern für den Staat gebrachten Opfer waren nur das Motiv für diese Gesetzgebung. Die Erfüllung von Ausgleichsabgaben nach Lastenausgleichsgesetz ist also echte Leistung und gehört deshalb der Leistungsverwaltung an 5).

Ein bekanntes Beispiel für das Ineinandergreifen der leistenden und der eingreifenden Verwaltung bietet sich im Wohnungsrecht: Durch eine Einweisungsverfügung

1) Rupp, DVBl. 1958, S. 116.

2) Ramstein, Die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht im Lichte der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, Winterthur 1959, S. 53.

3) Gesetz über den Lastenausgleich vom 14.8.1952, BGBl. I S. 446.

4) so Obermayer, DVBl. 1959, S. 356.

5) Richter, Neue Rechtsformen für das Leistungsverwaltungsrecht, NJW 1958, S. 1518.

des Wohnungsamts wird einerseits eine Leistung erbracht, indem dem Wohnungsuchenden eine Wohnung vermittelt wird, andererseits erfolgt aber auch durch denselben Akt ein Eingriff in die Rechte eines anderen, nämlich in die des Wohnungsinhabers, dessen Wohnung in Anspruch genommen wird 1).

Auch im Schulsektor lassen sich Beispiele finden. So sind Massnahmen der Schulleitung zur Aufrechterhaltung der Schuldisziplin, wie die Verhängung einer Strafe gegen einen Schüler, der Eingriffsverwaltung zuzurechnen. Die Darbietung des Lehrstoffes durch die Lehrer hingegen ist gewährende Verwaltung 2). Nicht anders ist es im Enteignungsrecht. Hier der Eingriff in die Rechte des Enteigneten, der das Eigentum an seinem Grundstück verliert, dort der Vorteil der Allgemeinheit, für die auf dem Grundstück eine Strasse gebaut wird, oder der Vorteil eines Energieversorgungsunternehmens, das auf dem Grundstück einen Leitungsmast errichten kann.

In allen bisherigen Beispielen, die sich ohne weiteres vermehren liessen, ist die Scheidung zwischen der eingreifenden und der leistenden Massnahme mühelos zu erkennen, da in allen Fällen zwei konkrete Rechtsverhältnisse nachzuweisen sind, wovon das eine den Eingriff, das andere die Leistung zum Gegenstand hat, sei es dass die Verwaltung durch zwei zeitlich aufeinanderfolgende Akte einem oder mehreren Rechtssubjekten gegenübertritt - so in den Beispielen Schulsektor und Enteignungsrecht -, oder sei es dass sie sich durch bloss einen Akt mindestens zwei Rechtssubjekten gegenüberstellt - so im Beispiel Wohnungsrecht -.

Nun gibt es aber auch Fälle, bei denen die Verwaltung nur durch einen Akt sich lediglich einem Rechtssubjekt gegenüber in Beziehung setzt, und hierdurch sowohl einen Eingriff verursacht als auch eine Leistung erbringt. Als Beispiel möge die Zwangsimpfung dienen. Einerseits wird durch die Impfung in das Recht des Impflings auf körperliche Unversehrtheit eingegriffen, andererseits ihm aber auch der Vorteil gewährt, ohne grossen Kostenaufwand in den Genuss einer Injektion zu gelangen, die ihn vor späterer Ansteckung bewahren soll. Der Impfpflicht entspricht ein Recht des Bürgers auf Impfung 3). In solchen janusköpfigen Fällen kann eine eindeutige Zuordnung weder zur eingreifenden noch zur gewährenden Verwaltung erfolgen, vielmehr müssen derartige Verwaltungsakte stets beiden Verwaltungsarten zugerechnet werden, weshalb auch die rechtliche Würdigung dieser Akte unter zweierlei Gesichtspunkten vorgenommen werden muss.

1) vgl. Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 57; derselbe, Diskussionsbeitrag in VVDStRL Heft 14, S. 174.

2) vgl. die Einordnung der Schulverwaltung sowohl in die Gruppe der pflegenden als auch in die der Eingriffsverwaltung bei Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 16.

3) BVerwGE 9, 78/80 = DVBl. 1959, S. 745 = BVBl. 1959, S. 346.

In der anschliessenden Aufzählung der einzelnen Leistungen der Verwaltung werden diese janusköpfigen Verwaltungshandlungen wegen ihres teilweise gewährenden Charakters mitaufgeführt. Die Aufzählung will einen Überblick über die Aufgaben der Leistungsverwaltung vermitteln, kann aber selbstverständlich keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben.

I. Die "eingriffsmildernden" Leistungen.

Die erste Gruppe der Verwaltungsleistungen soll unter dem Sammelbegriff der "eingriffsmildernden" Leistungen zusammengefasst werden. Dies sind Leistungen der Verwaltung, die nur durch den Umstand erbracht werden können, dass dem Begünstigten das durch die Leistung gewährte Recht oder ein weitergehendes Recht, oder die durch die Leistung gewährte Sache oder mehr als nur diese Sache zuvor durch einen Eingriff entzogen worden ist. In Wahrheit handelt es sich also um keine echten Leistungen, sondern nur um die Aufhebung oder Milderung vorausgegangener Eingriffe. Hierher gehört beispielsweise eine Bauerlaubnis oder eine gewerberechtliche Genehmigung. Dem Begünstigten wird in diesen Fällen nichts positiv verliehen, sondern lediglich seine "natürliche Handlungsfreiheit" wieder hergestellt 1), in den Beispielen: die Baufreiheit und die Gewerbefreiheit. Es liegt hier nichts anderes vor als das bekannte verwaltungsrechtliche Institut des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt, bei dem stets mehr verboten wird als von vornherein beabsichtigt ist. Um eine wirksame Kontrolle im Bereich des zu regelnden Sachgebiets zu erlangen, schiebt der Gesetzgeber die Grenze des Verbotenen zunächst einmal bewusst zu weit vor. Die richtige und endgültige Festlegung dieser Grenze überlässt er der Verwaltung, so dass der Vorgang der Gesetzgebung, d. h. der eigentliche Eingriff, erst in dem Augenblick zum Abschluss gelangt, in dem die Verwaltung über eine Befreiung vom Verbot entscheidet 2). Die Leistung der Verwaltung besteht nur in der Eingriffsmilderung; sie ist ohne den vorausgegangenen Eingriff nicht denkbar.

Zu den eingriffsmildernden Leistungen zählen auch sämtliche Begünstigungen im Rahmen des Steuerrechts 3); denn eine Steuerbefreiung, -ermässigung oder -vergünstigung ist rechtslogisch nur dann fassbar, wenn mit ihr eine grundsätzliche

1) Forsthoff, Lehrbuch, S. 244.

2) Krüger, Rechtsstaatliche Gesetzgebungstechnik, DÖV 1956, S. 553.

3) vgl. die erschöpfende Zusammenstellung über Begünstigungen im Rahmen des Steuerrechts durch den Bundesminister der Finanzen, Anlage 2 zu Drucksache 1229, Deutscher Bundestag, 3. Wahlperiode, vom 28. 7. 1959 (Betr.: Subventionen im Bundeshaushalt).

Steuerpflichtigkeit des Begünstigten einhergeht. Durch eine Steuerermässigung wird der Eingriff, der zunächst durch Feststellung der Steuerpflichtigkeit vorgenommen wird, lediglich gemildert, bei einer Steuerbefreiung wird dieser Eingriff aufgehoben.

II. Die positiven Leistungen.

In einer zweiten Gruppe sind die echten, positiven Leistungen der Verwaltungsträger zusammenzufassen. Sie bilden die Hauptgruppe und teilen sich unter in die Leistungen auf dem Gebiet der öffentlichen Daseinsvorsorge, die Leistungen zur Überwindung von Notlagen und die Einzelförderungsmassnahmen.

1. Die Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge.

In erster Linie sind die Leistungen auf dem Gebiet der öffentlichen Daseinsvorsorge zu nennen. Bezüglich des Begriffs der öffentlichen Daseinsvorsorge darf daran erinnert werden, dass zur Daseinsvorsorge schlechthin alle lebensnotwendigen Leistungen zugunsten der Allgemeinheit gehören, die jedermann zur Verfügung stehen, also auch die Leistungen aus privater Hand. Es ist deshalb notwendig, hinsichtlich der vom Staat und von den sonstigen Verwaltungsträgern zu erbringenden Leistungen von öffentlicher Daseinsvorsorge zu sprechen 1).

Die Frage nun, welche Leistungen heute im einzelnen aus dem grossen Komplex der allgemeinen Daseinsvorsorge herausgenommen sind und zur öffentlichen Daseinsvorsorge zählen, ist nicht immer leicht zu beantworten. Grundsätzlich sind es die Leistungen, die ihrem Wesen nach von der organisierten Gemeinschaft erbracht werden müssen. Dabei sind aber nicht nur die volkswirtschaftlichen und soziologischen Gegebenheiten zu berücksichtigen 2), sondern vor allem auch die historische Entwicklung und die allgemeine Auffassung. Nicht zuletzt spielen für die Abgrenzung der öffentlichen Daseinsvorsorge aber auch gewisse Zufälligkeiten eine Rolle; denn es ist wohl nichts anderes als ein zufälliger Umstand, dass die Versorgung mit Gas, Strom und Wasser, da sie aus technischen Gründen mit dem faktischen Monopol der Gemeinden an den öffentlichen Strassen verkoppelt ist, zur öffentlichen Daseinsvorsorge zu rechnen ist, während die Bereitstellung von Flaschengas und Heizöl, die in Ausnützung des Gemeingebruchs an den Strassen ins Haus kommen, nicht darunter fällt 3).

1) vgl. oben S. 37 f.

2) so Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 68.

3) vgl. Fischerhof, DÖV 1957, S. 314 und DÖV 1960, S. 42 f., der jedoch dem Begriff Daseinsvorsorge ablehnend gegenübersteht. Kritisch auch Maunz, VerwA Bd. 50, S. 318 ff.

In der Untergruppe der öffentlichen Daseinsvorsorge ist zu unterscheiden zwischen den Gewährungen auf dem Gebiet der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, auf sozialem, wirtschaftlichem und kulturellem Gebiet.

a. Leistungen im Bereich der öffentlichen Sicherheit und Ordnung.

Zur öffentlichen Daseinsvorsorge auf dem Gebiet der Sicherheit und Ordnung können nur echte, d. h. positive Leistungen gerechnet werden. Mit dieser Feststellung soll der Auffassung entgegengetreten werden, die unter die Rubrik "Sicherheit und Ordnung" die gesamte Eingriffsverwaltung einordnet und diese zu einer Leistungsaufgabe der Verwaltung stempelt 1). Die eingreifende Tätigkeit gehört nicht zur Leistungsverwaltung. Auch sind hier nicht die unechten Gewährungen gemeint, die durch Erlaubnisse aufgrund von Verbotsgesetzen mit Erlaubnisvorbehalt geschaffen werden, und die wir bereits in eine eigene Gruppe, die der eingriffsmildernenden Leistungen eingereiht haben; denn auch sie sind eigentlich Eingriffsverwaltung.

Zu den echten Leistungen, die neben die Eingriffe treten, und ebenfalls der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung dienen, sind zum Beispiel die zahlreichen Massnahmen zu zählen, die der Sicherheit und Flüssigkeit des Strassenverkehrs zugute kommen, wie die Aufstellung von Verkehrsampeln 2) und Hinweisschildern, die Bereitstellung von Streugut bei Glatteis, die Begleitung von Schwertransporten, auch die Erteilung von Verkehrsunterricht in Schulen und Betrieben, die Ausgabe von Verkehrsfibeln und ganz allgemein die Abhaltung von Verkehrserziehungswochen. Ausserhalb des Verkehrswesens ist zu denken an die Abordnung von Polizeikräften zu öffentlichen Veranstaltungen zur Sicherung des Vereinigungsrechts, die Beratung der Banken und Sparkassen zur Verhütung von Einbrüchen, und die Aufstellung von eigenen Anschlagflächen für Wahlplakate vor der Abhaltung öffentlicher Wahlen. Kurz gesagt, jede Handlung der Polizei, die sie als "Freund und Helfer" zur Abwehr von Gefahren vornimmt, ist Leistungsverwaltung. Nicht zuletzt gehört hierher auch die Einrichtung der gemeindlichen Berufsfeuerwehren.

b. Leistungen im sozialen Bereich.

Bei den sozialen Leistungen im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge sind in erster Linie die Massnahmen und Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitswesens zu erwähnen. So die Schutzimpfungen, die Mütterberatung, Massnahmen

1) vgl. die Auffassung Beckers und die Einwände dagegen, oben S. 39 f.

2) Verkehrsampeln haben freilich, wenn sie aufgestellt sind, auch eingreifenden Charakter.

auf dem Gebiet des Hebammenwesens, Vorkehrungen zur Unfallverhütung, die Einrichtung und Unterhaltung von Krankenhäusern 1), Sanatorien, Altersheimen, Erholungsstätten, Kinderheimen, Obdachlosenasylen 2), aber auch die Lehrschwimmbecken und Turnhallen der Schulen, und die öffentlichen Bäder. Zur sozialen Vorsorge gehören weiter die Leistungen des Staates auf dem Gebiete des Arbeitsschutzes, die Sicherung des Tarifvertragsrechtes und des Lohnes, die Bildung von Betriebs- und Personalräten, und die Überwachung des Mitbestimmungsrechtes. Nicht zu vergessen sind schliesslich die Leistungen der öffentlichen Versicherung 3), vor allem die Leistungen aus dem grossen Komplex der Sozialversicherung, und nach dem Kindergeldgesetz 4).

c. Leistungen im wirtschaftlichen Bereich.

Die grösste Rolle innerhalb der öffentlichen Daseinsvorsorge spielen die Leistungen der Verwaltung auf wirtschaftlichem Gebiet. In erster Linie sind die allgemein wirtschaftsfördernden Massnahmen und Einrichtungen zu nennen, von den landwirtschaftlichen, chemischen und bakteriologischen Versuchsanstalten 5) über die Abhaltung von Messen und Ausstellungen bis zu den Massnahmen der Exportförderung. Weiter die Förderung des Bau-, Wohnungs- und Siedlungswesens, vor allem die Erschliessung und Vergabe 6) von Bau- und Siedlungsgrundstücken. Besonders wichtig sind die Leistungen der Post und der Eisenbahn, der Bau und die Unterhaltung von Strassen, Autobahnen, Schiffahrtswegen und Flughäfen. Noch mehr aber spürt der einzelne Bürger diese Art der Leistungsverwaltung durch die zahlreichen Einrichtungen der Gemeinden, insbesondere durch die Verkehrs- und Versorgungsbetriebe 7), wozu heute neben Strassenbahnen 8), U-Bahn und Omnibus, neben

1) vgl. BGH, NJW 1953, S. 778.

2) vgl. LG Kassel, NJW 1956, S. 1360.

3) Becker, dem sich unsere Einteilung, abgesehen von seiner Einordnung der Eingriffsverwaltung, im grossen und ganzen anschliesst, bildet für die öffentliche Versicherung eine eigene Gruppe innerhalb der öffentlichen Daseinsvorsorge; wohl aber ohne Grund, da er selbst die öffentliche Versicherung als "soziale Vorsorge" ansieht (Die Einnahmerei 1956, S. 221).

4) Gesetz über die Gewährung von Kindergeld und die Errichtung von Familienausgleichskassen vom 13.11.1954, BGBl. I S. 333.

5) vgl. etwa die im Bundeshaushaltsplan für das Rechnungsjahr 1960 in Einzelplan 10, Kap. 1010 bis 1024 (S. 969 ff.) aufgeführten Bundesanstalten.

6) vgl. hierzu BGH, NJW 1959, S. 431 = JZ 1959, S. 405; OVG Münster, DVBl. 1959, S. 103.

7) BayVerfGH, bayVGH n.F. 10 II 113 = DÖV 1958, S. 216 = BVBl. 1958, S. 51.

8) BayVerfGH, bayVGH n.F. 9 II 114 = DÖV 1956, S. 499.

Strom-, Gas- 1) und Wasserversorgung auch die Fernheizung gehört, weiter durch Schlachthöfe und Markthallen, Garten- und Parkanlagen, Strassenbeleuchtung und -reinigung, Kanalisation und Müllabfuhr, Krematorien und Friedhöfe 2). Auch ein Kühl- oder Lagerhaus ist hierher zu rechnen, ebenso eine der Förderung des Fremdenverkehrs dienende Bergbahn oder ein Kurbetrieb.

d. Leistungen im kulturellen Bereich.

Zum Teil umstritten ist die Zugehörigkeit von Leistungen auf kulturellem Sektor zur öffentlichen Daseinsvorsorge. Der Grund liegt in der vielfach geäußerten Ansicht, kulturelle Leistungen könnten niemals lebensnotwendig sein. Die Lebensnotwendigkeit einer Leistung als Voraussetzung der Daseinsvorsorge beurteilt sich zum Teil aber nach den Bedürfnissen eines modernen Menschen. Zumindest der Städter verlangt heute ein Theater, das nicht nur kassenfüllende, sondern auch solche Stücke spielt, die "Bildungstheater" sind; er verlangt ein Orchester und ein Museum 3). Auch der Rundfunk und wohl auch das Fernsehen müssen heute der öffentlichen Daseinsvorsorge zugeordnet werden 4). Ebenso sind Bibliotheken und Büchereien, Stadthallen und Stadien, zoologische und botanische Gärten hier einzureihen. Auch die Leistungen auf dem Gebiete des Naturschutzes und der Denkmalpflege 5) dürfen nicht vergessen werden. Das Hauptbetätigungsfeld der Verwaltung in dieser Gruppe bilden jedoch die Schulen 6), angefangen von der Volksschule über die Mittel- und höheren Schulen, die Berufs- und Fachschulen bis zu den Volkshochschulen. Neben den unmittelbaren Leistungen, die durch die

1) BVerwG, BB 1959, S. 574.

2) OLG München, DVBl. 1952, S. 529 und DVBl. 1956, S. 175; VGH Stuttgart, DÖV 1958, S. 498.

3) a.A. bezüglich Theater und Museen Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 71.

4) Angeschnitten wurde diese Frage im Rahmen der Diskussion um die Werbesendungen in Rundfunk und Fernsehen von Löffler, Private Wirtschaftswerbung durch öffentliche Rundfunkanstalten?, BB 1956, S. 729 ff.; Maunz, Gesetzmässigkeit des Fernsehwerbens, BVBl. 1957, S. 4 ff. und Hamann, NJW 1957, S. 1422 ff.

5) vgl. Jerrentrup, Denkmalschutz als gesetzliche Aufgabe, DÖV 1958, S. 98 ff.

6) Der Auffassung Hamanns, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 71, wonach das Schulwesen aus der öffentlichen Daseinsvorsorge ausscheide, weil diese Aufgabe dem Staat durch besondere Verfassungsvorschrift (Art. 7 GG) ausdrücklich übertragen, also offenbar nicht als typische staatliche Versorgungsaufgabe anzusehen sei, kann nicht gefolgt werden.

Schaffung und Unterhaltung öffentlicher Schulen erbracht werden, spielt auch die Förderung von Privatschulen eine wesentliche Rolle.

2. Die Leistungen zur Überwindung von Notlagen.

Zu den positiven Leistungen der Verwaltung gehören neben denen der öffentlichen Daseinsvorsorge alle diejenigen Massnahmen, die zur Überwindung von Notlagen getroffen werden. Im Gegensatz zu den Leistungen der öffentlichen Daseinsvorsorge, die präventiven Charakter haben, sind hier die Massnahmen mit repressivem Charakter zusammengefasst. Es handelt sich um Leistungen, die in der Folge einer bereits eingetretenen Notlage eingesetzt werden und die diese Notlage beseitigen oder überbrücken sollen. Eine Unterteilung dieser Gruppe bietet sich dabei von selbst an: je nach dem, ob Notlagen einzelner Staatsbürger oder allgemeine Notlagen vorliegen.

a. Leistungen zur Überwindung von Notlagen einzelner.

In die Gruppe der Massnahmen zur Überwindung von Notlagen einzelner sind sämtliche Fürsorgeleistungen der Verwaltung einzureihen; neben der allgemeinen öffentlichen Fürsorge also auch die öffentliche Fürsorge für Tuberkulöse, für Geschlechtskranke, körperlich Behinderte, Sieche und Süchtige. Ebenso gehören zum Beispiel die Bewilligung des Armenrechts und die Beordnung eines Armenanwalts zum Zwecke der Durchführung eines Rechtsstreits in diese Gruppe 1); denn Voraussetzung für die Bewilligung und Beordnung ist eine gewisse Notlage der Partei, nämlich das Ausserstandesein, ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts die Kosten eines Prozesses zu bestreiten. Auch die Leistungen des Bundes zur Sicherung des Unterhalts für Angehörige der zum Wehrdienst einberufenen Wehrpflichtigen nach dem Unterhaltssicherungsgesetz 2) können hier angeführt werden.

b. Leistungen zur Überwindung allgemeiner Notlagen.

Die Leistungen zur Überwindung allgemeiner Notlagen sind verschiedenster Art. Den Hauptteil bilden heute die Leistungen, die durch die Katastrophe des zweiten

1) so BVerfG, NJW 1959, S. 1028 = MDR 1959, S. 460. Das Bundesverfassungsgericht spricht in diesem Zusammenhang von Leistungen der staatlichen Daseinsfürsorge. Der Ausdruck "Daseinsfürsorge" ist zwar seiner Wortbedeutung nach richtig, aber in Hinblick auf die Verwechslungsmöglichkeit mit dem engeren Begriff der Fürsorge und dem Begriff der Daseinsvorsorge wohl besser zu vermeiden.

2) Gesetz vom 26. 7. 1957, BGBl. I S. 1046.

Weltkrieges angefallen sind: die Kriegsoffer-, Schwerbeschädigten- und Heimkehrerversorgung, die Flüchtlings- und Vertriebenenhilfe, die Versorgung nach Art. 131 GG, sowie die Leistungen nach dem Lastenausgleichsgesetz und dem Bundesevakuiertengesetz 1). Selbstverständlich sind auch die Massnahmen der Wohnraumbewirtschaftung hierher zu rechnen, soweit sie gewährenden Charakter haben, da die Wohnraumbewirtschaftung ebenfalls Folge des Krieges ist. Nichts anderes gilt für die heute fast vergessene Lebensmittelzwangsbewirtschaftung 2), bei der die Verwaltung durch einzelne Zuteilungen Leistungen erbringt.

Andere Notlagen sind zu überwinden durch die Hilfe für Katastrophengeschädigte, insbesondere Hochwassergeschädigte, durch die Grenzlandhilfe und die Massnahmen in sonstigen Notstandsgebieten.

3. Die Einzelförderungsmassnahmen.

Die letzte Untergruppe innerhalb der positiven Leistungen umfasst die Einzelförderungsmassnahmen. Hierunter sind alle echten Leistungen zu verstehen, die ein Träger öffentlicher Verwaltung in Verfolgung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Zwecke einzelnen Staatsbürgern oder einzelnen Unternehmen zur Stärkung ihrer Leistungskraft zukommen lässt. Der Begriff der öffentlichen Subvention deckt sich mit dem so umschriebenen Begriff der Einzelförderungsmassnahmen nicht. Vielmehr stellen die Subventionen nur einen Teil der Einzelförderungsmassnahmen dar; denn einmal sind Subventionen nur die positiven Förderungen, die ein Träger öffentlicher Verwaltung lediglich in Verfolgung wirtschaftlicher, also nicht auch sozialer oder kultureller Zwecke gewährt, und zum anderen kann eine Subvention nur einem unternehmenden Teilhaber am Wirtschaftsprozess, nur einem Wirtschaftsunternehmer, aber nicht schlechthin jedem privaten einzelnen zuteil werden. 3) Der Subventionsbegriff ist allerdings noch stark umstritten und wird vielfach auch im Sinne des weiteren Begriffs der Einzelförderungsmassnahmen gebraucht. Man denke nur an den Ausdruck "subventioniertes Theater", ein Beispiel, bei dem die Förderung sicherlich nur wegen kultureller Zwecke erfolgt.

1) Gesetz vom 5.10.1957, BGBl. I S. 1687.

2) vgl. hierzu Krause, Der verteilende Staat, Beiträge zum Recht der Wasserwirtschaft und zum Energierecht, Festschrift für Paul Gieseke, 1958, S. 1 ff.

3) wie hier: Ipsen, Subventionierung Privater, S. 6 f., 32 = DVBl. 1956, S. 463, 469; Becker, Die Einnehmerei 1956, S. 222; teilweise abweichend: Köttingen, Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl. 1953, S. 490; Siebert, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953, S. 235.

Die Einzelförderungsmassnahmen und damit auch die Subventionen sind nicht Teil der öffentlichen Daseinsvorsorge 1). Zwar haben die in dieser Gruppe zu nennenden Leistungen auch vorsorgenden Charakter, sie stehen aber nicht wie die Gewährungen im Rahmen der Daseinsvorsorge der Allgemeinheit zur Verfügung, sondern werden immer nur dem einzelnen Privaten oder dem einzelnen privaten Unternehmen gegenüber gewährt. Freilich kann mit der Förderung eines einzelnen in der weiteren Folge von der öffentlichen Verwaltung als Endzweck auch ein Vorteil gewollt sein, der der Allgemeinheit zur Verfügung steht, und der dann in den Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge fällt. Auf dem Gebiet der Wirtschaftsverwaltung ist eine derartige, über die blossе Förderung eines einzelnen hinausgehende Zweckbestimmung einer Förderungsmassnahme sogar die Regel, allein der Begriff "Lenkungsmassnahme" beweist dies. Aber in solchen Fällen ist zu unterscheiden zwischen dem konkreten Rechtsverhältnis, das die Verwaltung und den einzelnen verbindet, und der Beziehung, in der die Verwaltung zur Allgemeinheit steht. Gegenüber dem einzelnen erweist sich das Tätigwerden der Verwaltung nur als Einzelförderungsmassnahme und nicht als Daseinsvorsorge, gegenüber der Allgemeinheit mag sich dann die Einzelförderungsmassnahme als Daseinsvorsorge äussern. So stellen zum Beispiel finanzielle Leistungen des Staates an ein Privatschulunternehmen im Verhältnis zu diesem eine Einzelförderungsmassnahme dar, von einer Leistung des Staates im Rahmen der öffentlichen Daseinsvorsorge kann aber nur im Verhältnis zu den Schülern, also zur Allgemeinheit, nicht aber zur Privatschule gesprochen werden.

Als weitere Beispiele für Einzelförderungsmassnahmen bieten sich neben diesem Beispiel der finanziellen Zuschussleistung an Privatschulen noch die Fälle der Zuschüsse an Theater oder Orchester, der Vergabe von Stipendien und Kulturpreisen, überhaupt jeder Vergabe von Beihilfen auf kulturellem Gebiet an. Soziale Zwecke werden verfolgt mit den finanziellen Leistungen der öffentlichen Hand an private Wohlfahrtsverbände.

Öffentliche Subventionen können in vier verschiedenen Erscheinungsformen gewährt werden 2): Die erste Form bilden die verlorenen Zuschüsse, also Geldzu-

1) Scheuner, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL Heft 11, 1954, S. 40; Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 55; Ipsen, Subventionierung Privater, S. 46 f. = DVBl. 1956, S. 501 f.; Köttgen, Die gegenwärtige Lage der deutschen Verwaltung, DVBl. 1957, S. 443; unklar: Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, 1953, S. 123; derselbe, Öffentliche Kredite und Bürgschaften, BB 1953, S. 865.

2) vgl. hierzu Ipsen, Subventionierung Privater, S. 54 f. = DVBl. 1956, S. 504; Schüle, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL Heft 11, 1954, S. 95.

wendungen ohne Rückzahlungsverpflichtung, die beispielsweise bei Preisverbilligungen oder bei der Stützung von Preisen in Höhe der Unterschiedsbeträge zwischen den eigentlich marktgerechten und den festgesetzten Preisen an Produzenten oder Importeure gezahlt werden 1). Die zweite Gruppe stellen Kreditierungen dar, bei denen die Subventionsfunktion durch günstige Zins-, Tilgungs- und Sicherungsbedingungen erfüllt wird. Hierher gehören alle zinslosen und zinsverbilligten Darlehen 2). Gewährleistungen aller Art bilden die dritte Gruppe. Ihnen sind die Filmbürgschaften des Staates zuzurechnen. Schliesslich bleiben als letzte Erscheinungsform noch die Realförderungen, worunter zum Beispiel die Vergabe öffentlicher Aufträge 3) fällt.

Keine echten Subventionen und deshalb aus der Gruppe der Einzelförderungsmassnahmen auszuschneiden sind alle diejenigen Vorteile einzelner Unternehmen, die lediglich durch Verzicht der öffentlichen Hand auf solche geldwerten Leistungen entstehen, die an sich gefordert werden könnten. Hierbei handelt es sich nämlich um keine positiven Leistungen, sondern nur um Vorteile, die durch Minderung von Eingriffen erwachsen, also um Leistungen, die wir als eingriffsmildernd bezeichnet haben. Gemeint sind vor allem Stundungen von Leistungen durch die Träger öffentlicher Verwaltung und Begünstigungen im Rahmen der Steuergesetzgebung unter Durchbrechung der Rechtssystematik. Solche Vergünstigungen sind also in die Gruppe der eingriffsmildernden Leistungen einzureihen 4).

-
- 1) E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, S. 258 f., bezeichnet verlorene Zuschüsse aus öffentlichen Mitteln als direkte Subventionen, während er alle anderen Vergünstigungen mit Subventionscharakter zu Lasten der öffentlichen Hand unter dem Begriff der indirekten oder verdeckten Subventionen zusammenfasst.
 - 2) BVerwGE 1, S. 308 = NJW 1955, S. 437; BVerwG, NJW 1958, S. 2188 = DÖV 1959, S. 157; OVG Münster, DÖV 1959, S. 272.
 - 3) BVerwGE 5, S. 325 = NJW 1958, S. 394 mit Anm. von Stern S. 683 = DÖV 1958, S. 303 = DVBl. 1958, S. 864 = MDR 1958, S. 183; BVerwG, NJW 1959, S. 115 mit Anm. von Obermayer; BGHZ 14, S. 222.
 - 4) Die Sonderstellung dieser "unechten Subventionen" wurde bisher nicht erkannt, vgl. Becker, Die Einnehmerei 1956, S. 222; E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, S. 259; Ipsen, Subventionierung Privater, S. 55 = DVBl. 1956, S. 504; Köttgen, DVBl. 1953, S. 486.

III. Leistungen, denen eine Gegenleistung gegenübersteht.

Nach den positiven Leistungen der Verwaltung und denen, die sich als Ausfluss der Eingriffsverwaltung erwiesen haben, sind schliesslich in einer dritten grossen Gruppe die Leistungen zu nennen, die sich von den bisherigen dadurch unterscheiden, dass ihnen stets eine Gegenleistung gegenübersteht. Sie werden im Rahmen von Tätigkeiten der Verwaltung erbracht, mit denen nicht unmittelbar materiell öffentliche Zwecke verfolgt werden, und die somit nicht der Erfüllung unmittelbar öffentlicher Aufgaben dienen.

1. Leistungen im Rahmen der Hilfsgeschäfte der Verwaltung.

Hierher gehören einmal die Leistungen im Rahmen der sogenannten Hilfsgeschäfte der Verwaltung, die der Beschaffung der zur Erfüllung der öffentlichen Zwecke notwendigen persönlichen und sachlichen Mittel dienen. Hans J. Wolff hat diesen Bereich der Verwaltungstätigkeit, der für die Bereitstellung der erforderlichen Sachgüter und für das Vorhandensein des erforderlichen Personals zu sorgen hat, mit dem treffenden Ausdruck "Bedarfsverwaltung" gekennzeichnet 1).

In diesem Bereich sind nicht nur die Leistungen der Verwaltung zu erwähnen, die sich aus dem Abschluss privatrechtlicher Hilfsgeschäfte ergeben, sondern auch diejenigen, die dem öffentlich-rechtlichen Beamtenrechtsverhältnis entspringen. Als Leistungen kommen also beispielsweise nicht nur in Frage der Kaufpreis für die vom Finanzamt gekaufte Kohle und der Lohn für den Arbeiter oder Angestellten, sondern auch das Gehalt des Beamten, seine Ernennung oder Beförderung, eine Wahlbestätigung oder die Pensionszahlung an die Beamtenwitwe. All diesen Gewährungen stehen Gegenleistungen an die Träger öffentlicher Verwaltung gegenüber: die Lieferung der Kohle, das Zurverfügungstellen der Arbeitskraft durch den Arbeiter, den Angestellten und den Beamten.

2. Leistungen bei rein erwerbswirtschaftlicher Betätigung der Verwaltung.

Zum zweiten fallen in die Gruppe der Gewährungen, denen eine Gegenleistung gegenübersteht, die Leistungen innerhalb der rein erwerbswirtschaftlichen Betätigung, bei der Träger der öffentlichen Verwaltung zum Zwecke der Gewinnerzielung konkurrierend am Wirtschaftsleben teilnehmen. Diese Gewährungen sind Leistungen der Verwaltung und deshalb der Leistungsverwaltung zuzurechnen. Sie werden von Trägern der öffentlichen Verwaltung erbracht; ihre Entrichtung ist also Verwaltung im funktionellen Sinn. Dass es sich bei der rein erwerbswirtschaftlichen Betätigung der Verwaltungsträger nicht mehr um öffentliche Verwaltung

1) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 16.

im materiellen Sinn handelt 1), spielt für die Einordnung in die Leistungsverwaltung keine Rolle.

Die rein erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand erstreckt sich über die mannigfaltigsten Wirtschaftszweige. Zu ihr zählt manche Betätigung, die der nichtöffentlichen, also eigentlich von der privaten Wirtschaft wahrzunehmenden Daseinsvorsorge 2) dient, wie etwa die Unterhaltung von Milchhöfen oder landwirtschaftlichen Betrieben. Weiter gehören hierher Manufakturen, Bergwerke 3), Brauereien, die Domänen 4), Forsten, Banken 5), bei den Gemeinden die Sparkassen, Sägewerke, Ziegeleien, Kiesbetriebe, Eisfabriken, auch die Ratskeller und Reisebüros 6) oder Tanz- und Variétéveranstaltungen gemeindlicher Kurverwaltungen 7).

Ebenso verschiedenartig wie die Betätigungsfelder sind auch die Leistungen, die aufgrund dieser Betätigungen angeboten werden. Sie reichen von der Milch- und Bierlieferung über die Abwicklung von Bankgeschäften und die Vermittlung von Reisen bis zu den Variétédarbietungen. Auch hier stehen den Leistungen Gegenwerte gegenüber: Der Kaufpreis, die Bankspesen, die Vermittlungsgebühr und der Eintrittspreis. Diese von den Vertragspartnern der öffentlichen Hand aufzubringenden Gegenleistungen können aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Träger öffentlicher Verwaltung bei der rein erwerbswirtschaftlichen Betätigung echte Leistungen gewähren. Es handelt sich deshalb in diesem Bereich um Leistungsverwaltung.

-
- 1) a.A. Torz, Die privatwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und das Grundgesetz, DÖV 1958, S. 207, der jedoch übersieht, dass selbst Forsthoff, auf den er sich beruft, die rein erwerbswirtschaftliche Betätigung nicht als Verwaltung im materiellen Sinn ansieht (Lehrbuch, S. 69, 323). Wie oben im Text ausserdem: Ipsen, Subventionierung Privater, S. 19 = DVBl. 1956, S. 465, und wohl auch Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Randnr. 134 f., S. 68 f.
 - 2) über den Gegensatz der privaten zur öffentlichen Daseinsvorsorge s. oben S. 37 f. und 45 f.
 - 3) z.B. die Preussische Bergwerks- und Hütten-AG. (Preussag).
 - 4) vgl. VGH Kassel, DVBl. 1958, S. 874.
 - 5) Ausnahmen bilden die Lastenausgleichsbank (Gesetz vom 28.10.1954, BGBl. I S. 293) und die Kreditanstalt für Wiederaufbau (Gesetz i.d.F. vom 22.1.1952, BGBl. I S. 65), die vorwiegend der öffentlichen Daseinsvorsorge dienen.
 - 6) vgl. BGH LM Nr. 25 zu § 1004 BGB.
 - 7) vgl. RG DR 1941, S. 1319.

Sind damit die einzelnen Leistungen der Verwaltung nach ihren typischen Gruppen aufgezählt, so bleibt noch zu bemerken, dass es freilich manchmal Leistungen gibt, deren Einordnung nicht ganz leicht fällt, weil die Übergänge von einer Gruppe zur anderen vielfach fließend sind. So ist die Frage, was zur öffentlichen Daseinsvorsorge gehört, des öfteren nicht klar zu entscheiden. Auch die Grenze zwischen den Leistungen zur Überwindung von Notlagen und den Einzelförderungsmaßnahmen kann verschwommen sein. Als Beispiel diene § 72 des Bundesvertriebenenengesetzes 1), wonach sowohl die Begründung als auch die Festigung selbständiger Erwerbstätigkeit der Vertriebenen und Sowjetzonenflüchtlinge durch Gewährung von Krediten aus öffentlichen Mitteln zu günstigen Bedingungen zu fördern ist. Sicher stellt die Hilfe bei der Begründung selbständiger Erwerbstätigkeit eine Massnahme zur Überwindung der Notlage der Vertriebenen und Zonenflüchtlinge dar. Leistungen zur Festigung solcher Erwerbstätigkeit dagegen dienen nicht mehr der Überwindung dieser Notlage, sondern sind bereits Einzelförderungsmaßnahmen.

Trotz dieser Mängel zeigt die Aufzählung aber, wie vielgestaltig die Leistungen der Verwaltung sind und welche Massnahmen alle als Leistungen der Verwaltung zu gelten haben.

VIERTER ABSCHNITT. DIE TRÄGER DER LEISTUNGSVERWALTUNG.

1. Der Bund, die Länder und die Gemeinden.

Als Träger der Leistungsverwaltung kommen in erster Linie der Bund, die Länder und die Gemeinden in Betracht. Sie gewähren ihre Leistungen - vom Standpunkt des Staatsbürgers aus gesehen - im allgemeinen Gewaltverhältnis 2), in dem sich jeder einzelne Bürger gegenüber der Verwaltung befindet, und in den besonderen Gewaltverhältnissen.

Ein besonderes Gewalt- oder Pflichtverhältnis liegt immer dann vor, wenn der Staatsbürger in ein engeres als das allgemeine Abhängigkeitsverhältnis zur Verwaltung tritt 3), sei es dass dies durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes durch

- 1) Gesetz i. d. F. vom 14. 8. 1957, BGBl. I S. 1215.
- 2) Der Ausdruck stammt von Laband, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Bd. 1, S. 433 ff.
- 3) OVG Münster, DÖV 1959, S. 835; Forsthoff, Lehrbuch, S. 115 f.; Thieme, Die besonderen Gewaltverhältnisse, DÖV 1956, S. 521 ff.; Herb. Krüger und Ule, Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL Heft 15, 1957, S. 109 ff. und 133 ff.; ablehnend zum Begriff des besonderen Gewaltverhältnisses: v. Turegg, Lehrbuch, S. 98.

Richterspruch befohlen wird, oder sei es dass der Bürger kraft eigenen Entschlusses sich in diese Abhängigkeit begibt. Im Bereich der Leistungsverwaltung sind vor allem das Beamtenverhältnis und die öffentlichen Anstalten von Wichtigkeit. Nicht zum besonderen, sondern zum allgemeinen Gewaltverhältnis sind die Beziehungen zu rechnen, die anlässlich der Gewährung einer Subvention zwischen Verwaltungsträger und Staatsbürger entstehen 1). Zwar kann die Bewilligung einer Subvention an Bedingungen geknüpft oder mit Auflagen verbunden werden, das allein rechtfertigt aber noch nicht, von einer besonderen Abhängigkeit des Subventionsempfängers zu sprechen; denn Bedingungen und Auflagen sind Institute des Verwaltungsrechts, die stets auch im allgemeinen Gewaltverhältnis Anwendung finden. Ebensowenig benützt heute der Staatsbürger die öffentlichen Sachen, soweit sie im Gemeingebrauch stehen, im Rahmen eines besonderen Gewaltverhältnisses 2). Die Ausübung des Gemeingebrauchs ist vielmehr ein typisches Beispiel für die Inanspruchnahme einer Leistung im allgemeinen Gewaltverhältnis.

1. Die nichtrechtsfähigen Anstalten.

Die öffentlichen Anstalten scheidet man herkömmlich in die nichtrechtsfähigen Anstalten und die rechtsfähigen Anstalten 3). Die nichtrechtsfähige Anstalt ist nach der noch heute gültigen Definition Otto Meyers "ein Bestand von Mitteln, sächlichen und persönlichen, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichem Zwecke dauernd zu dienen bestimmt sind" 4). In der nichtrechtsfähigen Anstalt wird also ein durch seinen besonderen Zweck gekennzeichnetes Stück der öffentlichen Verwaltung bei der zuständigen Instanz zusammengefasst, ohne dass dabei irgendwelche Aufgaben auf einen anderen Verwaltungsträger übertragen werden. Als leistungsgewährende Anstalten ohne eigene Rechtspersönlichkeit kommen zum Beispiel in Frage bei den Gemeinden

1) ebenso Ipsen, Subventionierung Privater, S. 74 f. = DVBl. 1956, S. 605 f.; a.A. Köttgen, DVBl. 1953, S. 488; Herb. Krüger, VVDStRL Heft 15, S. 110.

2) so für die öffentlichen Sachen schlechthin allerdings noch Maunz, Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, 1933, S. 238.

3) besonders deutlich: W. Weber, Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, 1940, S. 15 f.

4) O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 268.

die Schulen, Lehrlingsheime 1), Krankenhäuser, Schlachthöfe, Müllabfuhrbetriebe und die Friedhöfe 2), bei den Ländern Museen und Bibliotheken, beim Bund die Deutsche Bundesbahn und Deutsche Bundespost 3), das Technische Hilfswerk 4) und der Deutsche Wetterdienst 5). Für alle diese Anstalten ist die öffentlich-rechtliche Organisation typisch.

Als Unterfall der unselbständigen Anstalten sind - vornehmlich im Bereich der Gemeinden - in den letzten 25 Jahren die sogenannten Eigenbetriebe der Verwaltung entstanden. Ihre Organisation trägt den Bedürfnissen des Wirtschaftens Rechnung durch die Einrichtung einer Leitung mit selbständigem Entscheidungsbereich, kaufmännischer Führung und kaufmännischem Rechnungswesen 6). Die Organisationsform der Eigenbetriebe hat also einen teilweise privatrechtlichen Charakter, wes-

1) vgl. BGH, MDR 1960, S. 289.

2) vgl. BGHZ 19, S. 130/133 = DVBl. 1956, S. 236 = NJW 1956, S. 548; LVG Köln, DÖV 1956, S. 58; OLG München, DVBl. 1956, S. 175; VGH Stuttgart, DÖV 1958, S. 498; BayVGH, BVBl. 1960, S. 56 und 256; Siebert, Zur neueren Rechtsprechung über die Abgrenzung von Zivilrechtsweg und Verwaltungsrechtsweg, DÖV 1959, S. 735.

Sind Friedhöfe öffentliche Anstalten, dann stehen die Staatsbürger bei Benützung der Friedhöfe wie bei Benützung aller öffentlichen Anstalten (Köttgen, Verwaltungsrecht der öffentlichen Anstalt, VVDStRL Heft 6, 1929, S. 109) in einem besonderen Gewaltverhältnis. So VGH Stuttgart, DÖV 1958, S. 498; Herb. Krüger, VVDStRL Heft 15, S. 110; Masson, Anmerkung zum Urteil des BayVGH vom 3.12.1959, BVBl. 1960, S. 59; a.A.: W. Weber, Diskussionsbeitrag in VVDStRL Heft 15, S. 186 f.; Ipsen, Diskussionsbeitrag in VVDStRL Heft 15, S. 200.

3) Bundesbahn und Bundespost sind Anstalten des Bundes und besitzen nicht die Rechtsfähigkeit nach öffentlichem Recht. Davon zu unterscheiden ist die Rechtsfähigkeit des privaten Rechts, d.h. die Rechtsfähigkeit im Rahmen des Rechtsverkehrs. Diese kann ohne die Rechtsfähigkeit im Sinne des öffentlichen Rechts gegeben sein. Vgl. §§ 1, 2 Bundesbahngesetz vom 13.12.1951 (BGBl. I S.955), §§ 1, 4 Postverwaltungsgesetz vom 24.7.1953 (BGBl. I S. 676), sowie BSG, NJW 1957, S. 1654; Forsthoff, Lehrbuch, S. 424 f.; W. Weber, Die Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, S. 13.

4) GemMinBl. 1953, S. 507.

5) vgl. § 1 Gesetz über den Deutschen Wetterdienst, vom 11.11.1952, BGBl. I S. 739.

6) vgl. §§ 72 bis 75 Deutsche Gemeindeordnung vom 30.1.1935, RGBl. I S. 49, und die entsprechenden Bestimmungen der Gemeindeordnungen der Länder, sowie die Eigenbetriebsverordnung vom 21.11.1938, RGBl. I S. 1650.

halb auch verschiedentlich die Eigenbetriebe als eigener Typ des Verwaltens angesehen und neben die unselbständigen Anstalten gestellt werden 1). Eine Ausgliederung der Eigenbetriebe aus dem Begriff der unselbständigen Anstalt ist aber nur dann berechtigt, wenn ein Eigenbetrieb keinem unmittelbaren öffentlichen Zweck dient, wie das bei Eigenbetrieben der Fall sein mag, die lediglich rein erwerbswirtschaftliche Zwecke verfolgen, zum Beispiel bei einem landwirtschaftlichen Betrieb. Ist jedoch mit einem Eigenbetrieb ein besonderer öffentlicher Zweck verbunden, sollen etwa mit ihm Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge erfüllt werden, wie das für die Eigenbetriebe heute vorwiegend zutrifft, dann sind alle Merkmale einer unselbständigen Anstalt gegeben, und es besteht keine Veranlassung einen derartigen Eigenbetrieb nicht auch als Anstalt anzuerkennen 2). An Beispielen für Eigenbetriebe mögen die Gas-, Wasser- und Stromversorgungs-, sowie Verkehrsbetriebe der Gemeinden als die wichtigsten genügen 3).

2. Die rechtsfähigen Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts.

Bund, Länder und Gemeinden können Träger der Leistungsverwaltung nicht nur unmittelbar sein, etwa durch die Bildung unselbständiger Anstalten, sondern auch mittelbar durch die Schaffung selbständiger, rechtsfähiger Anstalten des öffentlichen Rechts, also durch Anstalten mit eigener Rechtspersönlichkeit, die aus den übrigen Funktionen des sie gründenden Gemeinwesens ausgeklammert werden. Die eigentlichen Träger der Leistungen sind in diesem Fall die Anstalten selbst, jedoch stehen Bund, Land oder Gemeinde als die Muttergemeinwesen mit ihrem Vermögen unmittelbar dahinter.

1) Hettlage, Verfassungsfragen öffentlicher Unternehmen, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, 1957, S. 282 f.

2) vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 441, insbesondere Fussn. 3, der allerdings alle Eigenbetriebe als unselbständige Anstalten ansieht. Damit widerspricht er aber auch notwendigerweise seiner auf derselben Seite angeführten - unseres Erachtens richtigen - These, wonach die konkurrierende Beteiligung am Wirtschaftsleben nicht Gegenstand der Anstaltsverwaltung sein kann. Darüber, dass Eigenbetriebe zum Zwecke der rein erwerbswirtschaftlichen Betätigung eingerichtet werden können, besteht in Anbetracht der tatsächlichen Gegebenheiten wohl kein Zweifel: Vgl. die als Eigenbetriebe geführten landwirtschaftlichen Betriebe der Stadt München, Haushaltssatzung der Landeshauptstadt München für das Rechnungsjahr 1960, S. 485 ff.

3) vgl. die in der 1. Ausführungsanweisung zur Eigenbetriebsverordnung vom 22.3.1939, RMBlV. 1939, S. 633, aufgeführte Liste der Unternehmen, für die die Form des kommunalen Eigenbetriebs vorgesehen war.

Als gleichfalls selbständige Träger der Leistungsverwaltung sind im gleichen Zuge zu nennen die Körperschaften und rechtsfähigen Stiftungen des öffentlichen Rechts. Auch sie besitzen eigene Rechtspersönlichkeit und entstehen wie die rechtsfähigen Anstalten durch einfachen Hoheitsakt eines Trägers öffentlicher Verwaltung. An Beispielen sind anzuführen: Die Kreditanstalt für Wiederaufbau 1) als eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die Mühlenstelle 2), Rundfunkanstalten und Sparkassen 3) als rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts und die Stiftung "Preussischer Kulturbesitz" 4) als eine rechtsfähige Stiftung des öffentlichen Rechts.

3. Die Eigengesellschaften und gemischtwirtschaftlichen Unternehmungen.

Selbständige Träger der Leistungsverwaltung sind auch die vom Bund, von den Ländern und den Gemeinden gebildeten verwaltungseigenen Privatgesellschaften, die sogenannten Eigengesellschaften. Für sie kommen vor allem die Formen der Aktiengesellschaft, der Kommanditgesellschaft auf Aktien und der Gesellschaft mit beschränkter Haftung in Frage, weil bei diesen Gesellschaftstypen die Haftung der Gesellschafter auf einen bestimmten Betrag begrenzt werden kann 5). Eine solche Verselbständigung einzelner Unternehmen ist häufig, da sie verschiedene Vorteile bietet. Sie befähigt in noch grösserem Umfang als der Eigenbetrieb zu einer elastischen kaufmännischen Finanzgebarung, da auf haushaltsrechtliche Grundsätze keine Rücksicht genommen zu werden braucht; sie erschliesst mit der Belastbarkeit der Vermögensobjekte sonst nicht gegebene Kredit Chancen und befreit schliesslich personalpolitisch von den Bindungen des Beamtenrechts 6).

-
- 1) § 1 Gesetz über die Kreditanstalt für Wiederaufbau i. d. F. vom 22.1.1952, BGBl. I S. 65.
 - 2) § 5 Getreidegesetz vom 4.11.1950, BGBl. I S. 721, mit § 1 der Satzung der Mühlenstelle (4. DVO zum Getreidegesetz vom 17.11.1951, BGBl. I S. 972).
 - 3) z.B. § 3 des bayerischen Gesetzes über die öffentlichen Sparkassen i. d. F. vom 1.10.1956, BayBS I S. 574.
 - 4) § 1 Gesetz zur Errichtung einer Stiftung "Preussischer Kulturbesitz" vom 25.7.1957, BGBl. I S. 841; vgl. auch BVerfGE 10, S. 20 ff. = NJW 1959, S. 1531.
 - 5) vgl. § 48 Abs. 1 RHO, der gemäss dem Gesetz vom 7.6.1950, BGBl. S. 199, auch für die Haushaltsführung des Bundes vorläufig anzuwenden ist; s. auch Art. 77 Abs. 1 Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25.1.1952, BayBS I S. 461, sowie Hettlage, Festschrift für Schmidt-Rimpler, S. 286 ff.; Hölzl-Rollwagen, Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern, Kommentar, 2. Aufl. 1953, Anm. 2 zu Art. 77, S. 218, Anm. 1 zu Art. 80, S. 227; Helmreich-Widmann, Bayerische Gemeindeordnung, Kommentar, 2. Aufl. 1959, Anm. 1 zu Art. 80, S. 573.
 - 6) Forsthoff, Lehrbuch, S. 359.

Was für die Eigengesellschaften gilt, trifft auch für die sogenannten gemischt-wirtschaftlichen Unternehmungen zu, das sind rechtsfähige Gesellschaften, an denen neben öffentlichem Kapital auch privates Kapital beteiligt ist, und an deren Geschäftsführung die Verwaltung massgebenden Anteil hat.

An Beispielen für Eigengesellschaften und gemischtwirtschaftliche Unternehmungen können genannt werden beim Bund die Vereinigte Industrieunternehmungen AG. (VIAG), die Deutsche-Verkehrs-Kredit-Bank-AG. und als eine der vielen Beteiligungen des ehemaligen Landes Preussen an Unternehmen des privaten Rechts, die nach Art. 135 Abs. 6 des Grundgesetzes auf den Bund übergegangen sind 1), die Vereinigte Elektrizitäts- und Bergwerks-AG (VEBA); bei den Ländern die Badenwerk-AG. und die Bayernwerk-AG.; bei den Gemeinden die Berliner Verkehrsgesellschaft und das Rheinisch-Westfälische Elektrizitätswerk in Essen (RWE) 2).

II. Die beauftragten, beliehenen und indienstgestellten Personen des Privatrechts.

Träger der Leistungsverwaltung sind nicht nur die Träger der öffentlichen Verwaltung, sei es unmittelbar oder mittelbar, sondern auch natürliche und juristische Personen des Privatrechts, die zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben beauftragt, beliehen oder indienstgestellt sind 3).

Beauftragte Personen des Privatrechts sind alle diejenigen privaten Rechtssubjekte, die ein Träger öffentlicher Gewalt durch vertragliche Vereinbarungen mit der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe betraut. Hierher zählen vor allem die privaten Firmen, die im Auftrag des Bundes, eines Landes oder einer Gemeinde Strassen, Wohnungen, Krankenhäuser und Sportplätze oder sonstige ähnliche Anlagen bauen oder errichten.

Von beliehenen Rechtssubjekten des Privatrechts spricht man dann, wenn einzelnen, Gesellschaften oder sonstigen Vereinigungen bestimmte Hoheitsbefugnisse der öffentlichen Verwaltung im Wege der Delegation zugewiesen sind. Soweit es sich dabei um einzelne oder Gesellschaften handelt, denen im Zusammenhang mit ihrer unternehmerischen Wirtschaftstätigkeit hoheitliche Befugnisse verliehen

1) vgl. hierzu Duhmer, Das öffentliche Vermögen, Schriften des Instituts "Finanzen und Steuern", Bonn, Heft 35, 1955.

2) weitere Beispiele bei E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 526 ff.

3) Becker, VVDStRL Heft 14, S. 112; derselbe, Die Einnehmerei 1956, S. 218.

werden, hat sich für sie der Begriff des beliebigen Unternehmers eingebürgert 1). Bei Gesellschaften und sonstigen privatrechtlichen Organisationen spricht man auch von beliebigen Verbänden 2). Als Beispiele für beliebige Unternehmen sind vornehmlich die konzessionierten und privilegierten Betriebe zu nennen, so die noch zahlreich vorhandenen privaten Eisenbahn- und Kleinbahngesellschaften und die in privater Hand stehenden Strassenbahnunternehmen 3).

Indienstgestellt sind Personen des Privatrechts dann, wenn ihnen Aufgaben der öffentlichen Verwaltung zugewiesen werden, die sich ihnen gegenüber als Pflichten, als Belastungen erweisen 4). Hierher sind beispielsweise Arbeitgeber zu rechnen, die die Kurzarbeiterunterstützung festzustellen und auszuzahlen haben; ebenso Personen, die zur Wegereinigung oder zu Hand- und Spanndiensten verpflichtet sind.

Der Unterschied zwischen den beliebigen und den indienstgestellten Rechtssubjekten des Privatrechts liegt somit darin, dass sich die Übertragung der öffentlichen Aufgaben für die ersteren vorwiegend als eine Zuweisung von Rechten, bei den letzteren als eine Auferlegung von Pflichten auswirkt. Freilich kann in manchen Fällen auch eine Übertragung sowohl von Rechten als auch von Pflichten gewollt sein, so zum Beispiel wenn ein privates Bankinstitut zur Gewährung eines Kredits oder einer Bürgschaft berechtigt und verpflichtet wird 5), oder wenn einem Privatschulunternehmen die staatliche Anerkennung mit allen ihren Rechten und Pflichten zuteil wird.

1) O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. 2, S. 243 ff.; Fleiner, Institutionen, S. 341 ff.; Hatschek, Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungsrechts, 5./6. Aufl. 1927, S. 356 ff.; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 526 ff.; Ipsen, Gesetzliche Indienstnahme Privater für Verwaltungsaufgaben, Festgabe für Erich Kaufmann, 1950, S. 151; vgl. auch E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 533, der allerdings für den Begriff des beliebigen Unternehmens die Übertragung öffentlicher Aufgaben genügen lässt.

2) E.R. Huber, Beliebige Verbände, DVBl. 1952, S. 456; derselbe, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 533.

3) Die beliebigen Unternehmen können dieselbe privatrechtliche Gesellschaftsform aufweisen wie die oben S. 105 f. genannten Eigengesellschaften. Sie unterscheiden sich jedoch von diesen dadurch, dass sie sich nicht in öffentlicher sondern in privater Hand befinden.

4) vgl. hierzu insbesondere Ipsen, Festgabe für Erich Kaufmann, S. 141 ff.

5) Hamann, BB 1953, S. 866.

In allen Fällen müssen jedoch die beauftragten, beliehenen oder indienstgestellten privaten Rechtssubjekte, um als Träger der Leistungsverwaltung gelten zu können, einzelnen oder der Allgemeinheit Leistungen oder Vorteile gewähren, wie das bei den erwähnten Beispielen der Fall ist. Für die Frage, ob ein privater Rechtsträger Träger der Leistungsverwaltung ist, spielt es deshalb keine Rolle, ob sich für die private Rechtsperson die Erfüllung der übertragenen Aufgaben als eine Vergünstigung oder als Belastung darstellt. Entscheidend ist vielmehr nur, dass sich die übertragenen Aufgaben gegenüber Dritten als Leistungen erweisen.

FÜNFTER ABSCHNITT. DIE FORMEN DER LEISTUNGSVERWALTUNG.

Wenn nach den Trägern der Leistungsverwaltung noch die Formen der Leistungsverwaltung betrachtet werden sollen, so sind hierbei nicht die Organisations- oder Gliederungsformen der einzelnen Verwaltungsträger gemeint, sondern die Rechtsformen, in denen die einzelnen Leistungen der Allgemeinheit oder dem einzelnen dargebracht werden.

Die Struktur der modernen leistenden Verwaltung ist heute noch vollkommen beherrscht von der am Gegensatz von staatlicher Ordnung und bürgerlicher Freiheit orientierten Eingriffsverwaltung des 19. Jahrhunderts, die der Idee eines Gegensatzes zwischen staatlicher und gesellschaftlicher Ordnung entsprach. Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass auch die für die Leistungsverwaltung entwickelte Systematik von wenigen Ausnahmen abgesehen sich ganz an die auf den Eingriff in die Privatsphäre abgestellte überkommene Systematik des Verwaltungsrechts anschließt. Allerdings bedient sich die Leistungsverwaltung von heute nicht nur der Formen des öffentlichen Rechts, sondern auch solcher des privaten Rechts.

I. Die Hoheitsverwaltung.

Den Bereich, in dem sich die öffentliche Verwaltung mit öffentlichrechtlichen Mitteln und in öffentlichrechtlichen Formen betätigt, nennt man den Bereich der Hoheitsverwaltung oder hoheitlicher Verwaltung. Das gilt für die Leistungsverwaltung in gleicher Weise wie für die Eingriffsverwaltung. Auch bei der weiteren Einteilung wird kein Unterschied zwischen diesen beiden Verwaltungstypen gemacht.

1. Die obrigkeitliche Verwaltung.

Innerhalb der hoheitlichen Verwaltung spricht man von obrigkeitlicher Verwaltung oder Obrigkeitsverwaltung dann, wenn seitens der Verwaltung mit Befehl, Zwang oder sonstigen Machtmitteln vorgegangen wird. Durch diese Kennzeichnung wird zwar vorwiegend die Eingriffsverwaltung erfasst, sie schliesst aber eine obrigkeitliche Leistungsverwaltung nicht aus; denn auch jede feststellende oder entscheidende Tätigkeit der Behörden bedeutet Ausübung von Macht und ist Obrigkeitsverwaltung. Feststellend und entscheidend wird aber gerade auch die Leistungsverwaltung tätig, wenn sie begünstigende Verwaltungsakte setzt. Man braucht nur an die zahlreichen Erlaubnisse und Genehmigungen zu denken. Zur obrigkeitlichen Leistungsverwaltung gehören neben dem Tätigwerden, das sich in der Form des Verwaltungsaktes äussert, aber auch die verwaltungsrechtlichen (öffentlichrechtlichen) Verträge 1), wenn sie zugunsten Dritter abgeschlossen werden, wenn sie also die Grundlage für die Gewährung von Leistungen oder Vorteilen zugunsten der Allgemeinheit oder einzelner bilden.

Hinsichtlich der Terminologie ist festzuhalten, dass nach unserer Auffassung die Obrigkeitsverwaltung nur ein gegenständliches und funktionelles Teilstück der hoheitlichen Verwaltung darstellt, und damit die hoheitliche Verwaltung gegenüber der obrigkeitlichen als Oberbegriff anzusehen ist 2).

2. Die nichtobrigkeitliche Verwaltung (Schlichte Hoheitsverwaltung).

Soweit die öffentliche Verwaltung zwar aufgrund öffentlichen Rechts, aber nicht obrigkeitlich tätig wird, spricht man von nichtobrigkeitlicher hoheitlicher Verwaltung 3) oder - mit dem von Walter Jellinek geprägten Ausdruck - von "schlichter Hoheitsverwaltung" 4). Der Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung ist neu-

1) Dürig, Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, JZ 1953, S. 194.

2) ebenso Siebert, Festschrift für Niedermeyer, S. 219; derselbe, DÖV 1959, S. 733; v. Gamm, Das Verwaltungshandeln und der Rechtsweg, NJW 1957, S. 1055; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 20 f.; Forsthoff, Lehrbuch, S. 181; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 86; Maunz in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 30, Randnr. 10, S. 7. In umgekehrter Bedeutung werden die Begriffe "hoheitlich" und "obrigkeitlich" verwendet von: E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 51 ff.; v. Turegg, Lehrbuch, S. 23.

3) Siebert, Festschrift für Niedermeyer, S. 220, 222.

4) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 21 ff.; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 86. Für die Rechtsprechung: BGHZ 16, S. 111/113; BGHZ 20, S. 102/104; BGH, NJW 1956, S. 711; BGH, NJW 1957, S. 1597; BGH, MDR 1960, S. 289.

erdings umstritten 1). Es mag zugegeben werden, dass vieles von dem, was Walter Jellinek zur schlichten Hoheitsverwaltung gerechnet hat, heute in andere Formen der Verwaltung einzugruppieren ist. Es bleibt aber trotzdem eine grosse Anzahl von Tatbeständen, die nur durch einen Begriff, wie ihn Jellinek geprägt hat, oder einen ähnlichen erfasst werden kann.

Keinesfalls ist der Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung durch den Begriff der öffentlichen Daseinsvorsorge abgelöst worden oder in diesem aufgegangen, wie das - wohl nur aufgrund eines Missverstehens der Forsthoffschen Lehre von der Daseinsvorsorge - des öfteren in Literatur und Rechtsprechung behauptet wird 2). Beide Begriffe können nicht gleichgesetzt werden; denn die öffentliche Daseinsvorsorge beschreibt den Zweck der Verwaltungstätigkeit, die schlichte Hoheitsverwaltung aber eine ihrer Rechtsformen 3). Während also die öffentliche Daseinsvorsorge auf das von der Verwaltung verfolgte Ziel abstellt, und die Verwaltung dabei sowohl in hoheitlichen als auch in privatrechtlichen Rechtsformen handeln kann 4), ist der Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung auf die Mittel der Verwaltung gerichtet, die jedoch zur Erreichung beliebiger Zwecke und Ziele dienen können. Notwendig für den Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung ist das Tätigwerden der öffentlichen Hand ohne gleichzeitigen Einsatz der ihr eigentümlichen Gewalt; auf Ziel und Zweck dieses Tätigwerdens kommt es nicht an.

Um zu ergründen, in welchem Rahmen auch heute noch der Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung seine Berechtigung hat, soll zunächst das schon von Walter Jellinek angeführte 5) und inzwischen vielerwähnte Beispiel der Errichtung eines Sportplatzes näher betrachtet werden. Von Obermayer ist bereits herausgestellt worden 6), dass anlässlich der Anlegung eines gemeindlichen Sportplatzes die Verwaltung in grundverschiedenen Handlungsformen tätig wird, weshalb eine Zusammenfassung dieser Tätigkeit unter einem Begriff kaum ratsam erscheint. Einmal wären zur Verwirklichung eines solchen Projektes innerdienstliche Verwaltungsmassnahmen erforderlich, die sich auf die Planung und die endgültige Be-

1) vgl. vor allem Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956, S. 59 f. und Berner in Mang, Verwaltungsrecht in Bayern, 1952, Bd. 1, S. 12 f.

2) so Zeiss, Die Versorgungs- und Verkehrsbetriebe als wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden nach den Deutschen Gemeindeordnungen, DÖV 1958, S. 202; Torz, DÖV 1958, S. 206; KG NJW 1957, S. 1076.

3) vgl. v. Gamm, NJW 1957, S. 1055, 1057.

4) Forsthoff, Lehrbuch, S. 320 ff., 356 f., 441, 449 f.; derselbe, VVDStRL Heft 12, S. 13 f.; Siebert, Festschrift für Niedermeyer, S. 235; v. Gamm, NJW 1957, S. 1057.

5) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 22.

6) Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 59.

schlussfassung im Gemeinderat zu erstrecken hätten. Zum anderen wäre die Anlage selbst durch Abschlüsse privatrechtlicher Verträge mit Baufirmen ins Werk zu setzen. Schliesslich wäre unter Umständen ein Akt der Hoheitsverwaltung notwendig, nämlich dann, wenn ein Teil der für den Sportplatz benötigten Grundstücke erst im Wege der Enteignung, also durch Verwaltungsakt von privater Seite beschafft werden müsste. Bezüglich dieses Beispiels ist Obermayer voll und ganz zuzustimmen, wenn er die Erforderlichkeit des Begriffs der schlichten Hoheitsverwaltung verneint; denn rein interne Massnahmen wie Planungen, Verhandlungen, statistische Erhebungen und die Erstattung von Berichten innerhalb der Behörden können nicht hoheitliches Handeln sein, da ihnen, solange sie nicht der Aussenwelt kundgetan werden, die Bezogenheit auf Rechtssubjekte fehlt, denen gegenüber sich das hoheitliche Handeln auswirkt. Ebenso wenig ist Raum für die schlichte Hoheitsverwaltung beim Handeln der Verwaltung in privatrechtlichen Formen wie beim Abschluss bürgerlichrechtlicher Verträge 1), und - im Falle der Enteignung - bei einem obrigkeitlichen Tätigwerden. Ähnlich diesem Beispiel liessen sich viele andere Verwaltungshandlungen anführen, die der schlichten Hoheitsverwaltung zugerechnet werden, die aber lediglich ein Konglomerat von Verwaltungsinterna, Akten der Obrigkeitsverwaltung und der privatrechtlichen Tätigkeit darstellen.

Nun gibt es aber auch andere Beispiele. Sie werden den Raum aufzeigen, der dem Begriff der schlichten Hoheitsverwaltung heute noch zukommt. Das Beispiel der Errichtung eines Sportplatzes braucht bloss dahin abgewandelt zu werden, dass mit Anlegung des Platzes nicht eine private Baufirma beauftragt wird, sondern dass damit städtische Arbeiter betraut werden. Es könnte hiergegen eingewandt werden, das sei selten der Fall, aber wie steht es mit der Anlegung von Grünflächen, mit der Aufstellung von Denkmälern, mit der Strassenreinigung oder der Verlegung von Leitungen und Schienen? Diese Verrichtungen werden regelmässig nicht von privaten Unternehmen, sondern von gemeindlichen Arbeitern wahrgenommen. Auch das Löschen von Bränden durch die Berufsfeuerwehren oder Familienbesuche der Fürsorgerinnen des Jugendamts können hier angeführt werden. Bei diesen Beispielen haben wir es nicht mehr mit internen, sondern externen Akten der Verwaltung zu tun, wenn auch die Berührung der Verwaltung mit den einzelnen Bürgern in manchen Fällen, so etwa bei der Aufstellung eines Denkmals, nicht sehr gross sein mag. Auch obrigkeitliche Verwaltung ist in solchen Verrichtungen nicht zu sehen. Ähnlichen Einordnungsschwierigkeiten begegnen zunächst auch alle diejenigen Handlungen der Verwaltungsträger, die neuerdings

1) bedenklich deshalb KG NJW 1957, S. 1076 mit ablehnender Anmerkung von Hans Schneider. Zuzustimmen ist BGH LM Nr. 25 zu § 1004 BGB.

unter der Bezeichnung "schlichte Verwaltungsäusserungen"¹⁾ zusammengefasst werden, wie Mitteilungen, Benachrichtigungen, Ratschläge, Belehrungen, Empfehlungen und Hinweise.

Diese in den genannten Beispielen angeführten Handlungen der Verwaltung, die zum grössten Teil Tathandlungen, sogenannte Realakte sind, sind bezüglich ihrer Zuordnung zum öffentlichen oder privaten Recht ursprünglich vollkommen indifferent ²⁾: Belehrungen etwa können im Zusammenhang mit öffentlichrechtlichen oder aber mit privatrechtlichen Rechtsverhältnissen ergehen. Aus diesem Grunde ist es nicht verwunderlich, wenn gelegentlich derartige Akte weder der Hoheitsverwaltung noch der Verwaltung in privatrechtlichen Formen, sondern einer dritten Gruppe zugerechnet werden ³⁾. Im Einzelfall steht aber jeder dieser Akte entweder im Zusammenhang mit dem öffentlichen Recht und gehört dann notwendigerweise zur Hoheitsverwaltung, oder er steht im Zusammenhang mit dem privaten Recht. Vielfach wird nur dieser Zusammenhang nicht offenkundig; denn ein Interesse an seiner Feststellung besteht im wesentlichen lediglich in Verbindung mit der Frage nach dem einzuschlagenden Rechtsweg bei Erhebung einer Klage, durch die gegen die genannten Handlungen angegangen werden soll. Solche Klagen aber sind selten, da - wie schon erwähnt - in vielen Fällen, so etwa bei allen Bauausführungen, eine nähere rechtliche Beziehung zwischen dem Verwaltungsträger und den einzelnen Bürgern nicht zustande kommt, und weil sich die fraglichen Handlungen in der Regel als Leistungen und Vorteile der Verwaltung erweisen, gegen die vorzugehen keine Veranlassung besteht.

Ohne lange theoretische Überlegungen kann man zu der Erkenntnis gelangen, dass beispielsweise eine einfache Belehrung durch einen Polizeibeamten dem öffentlichen Recht, dagegen eine Mitteilung an den Kohlelieferanten eines Finanzamts durch dessen Vorsteher dem privaten Recht angehört. Dazwischen aber liegen die zweifelhaften Fälle, die nur aufgrund der Regeln ihre Zuordnung fin-

1) so Stern, Schlichte Verwaltungsäusserungen, BVBl. 1957, S. 44 ff. und 86 ff.; ihm folgend BSG, DVBl. 1958, S. 178 und BayVGh, NJW 1958, S. 643.

2) Nur solche Realakte, die zugleich das Rechtsgebot an den Betroffenen enthalten, ihren Vollzug zu dulden oder geschehen zu lassen, und die sich deshalb als Verwaltungsakte darstellen, können von vornherein eindeutig dem öffentlichen Recht und zwar der obrigkeitlichen Hoheitsverwaltung zugerechnet werden; vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 183.

3) vgl. E.R. Huber, DVBl. 1952, S. 459 mit Fussn. 9; derselbe, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 1, S. 53 mit Fussn. 4; v. Turegg, Lehrbuch, S. 22 f. Beide Autoren sprechen von einer schlichtverwaltenden Tätigkeit, die "nicht-hoheitlich", aber auch nicht privatrechtlich sei.

den, die allgemein zur Abgrenzung von öffentlichem und privatem Recht dienen 1). Kommt man hierbei zu dem Ergebnis, der fragliche Akt der Verwaltung sei dem privaten Recht zuzurechnen, so liegt ein Handeln der Verwaltung in privatrechtlichen Formen vor. Hat man es dagegen mit einem Akt zu tun, der dem öffentlichen Recht angehört, so ist er zwar der Hoheitsverwaltung unterzuordnen, kann aber nicht als Akt der Obrigkeitsverwaltung bezeichnet werden, da in all den umstrittenen Fällen die Verwaltung nicht mit obrigkeitlicher Macht vorgeht und deshalb auch keine Verwaltungsakte vorliegen. Es bleibt somit nichts anderes übrig als alle jene dem öffentlichen Recht angehörenden Akte in einer eigenen Gruppe zusammenzufassen, die neben der Obrigkeitsverwaltung steht, aber gleichfalls Verwaltung mit öffentlichrechtlichen Mitteln und Formen, also Hoheitsverwaltung repräsentiert. Solche nichtobrigkeitliche Akte der Verwaltung sind heute unter schlichter Hoheitsverwaltung zu verstehen.

II. Die Verwaltung in privatrechtlichen Formen.

Neben den Formen der obrigkeitlichen Hoheitsverwaltung und der schlichten Hoheitsverwaltung können sich die Träger der Leistungsverwaltung auch privatrechtlicher Formen bedienen. Sie können Dienst-, Kauf-, Miet-, Darlehens- und alle Arten sonstiger vermögensrechtlicher Privatverträge abschließen, können Eigentümer, Besitzer, Niessbraucher usw. sein, können Gesellschaften des bürgerlichen und des Handelsrechts bilden oder sich an solchen beteiligen 2). Betätigt sich die

1) Herrschend ist die Subjektionstheorie, die auf das Über- und Unterordnungsverhältnis als Abgrenzungskriterium abstellt, vgl. Molitor, Über öffentliches Recht und Privatrecht, 1949, S. 31; Rosenberg, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts, 8. Aufl. 1960, S. 39; Ramstein, Die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 14; BGHZ 14, S. 222 = NJW 1954, S. 1486; BayObLG, NJW 1959, S. 1195. Neuerdings gewinnt auch die von H.J. Wolff vertretene verbesserte Subjektstheorie Anhänger. Nach ihr liegt der Unterschied zwischen privatem und öffentlichem Recht in einer Verschiedenheit der Zuordnungssubjekte, vgl. Wolff, Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR Bd. 76, 1950, S. 205; derselbe, Verwaltungsrecht I, S. 79 f.; Schoen, Die Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DÖV 1955, S. 139; Menger, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwA Bd. 50, 1959, S. 198 f. v. Turegg, Lehrbuch, S. 25 und das Bundesverwaltungsgericht in BVerwGE 5, S. 325 = NJW 1958, S. 394 mit Anm. von Stern, S. 683 = MDR 1958, S. 183 = DVBl. 1958, S. 864 = DÖV 1958, S. 303, stellen auf die "Natur der Sache" ab; ähnlich Forsthoff, Lehrbuch, S. 101 oben, der aus der "Gesamtheit der obwaltenden Rechtsverhältnisse" entscheiden will.

2) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 82.

Verwaltung in privatrechtlichen Formen, so spricht man vielfach von fiskalischer Verwaltung 1). Diese Ausdrucksweise entspringt der Auffassung, dass der Staat immer dann als Fiskus zu bezeichnen ist, wenn er sich auf den Boden des Privatrechts begibt und mit den privaten Rechtssubjekten auf gleichgeordneter, gleichberechtigter Stufe steht. Da sich aber mit dem Begriff des Fiskus heute mehr und mehr der Gedanke an die rein erwerbswirtschaftliche, auf Gewinn abzielende Tätigkeit des Staates verbindet, ist es angebracht, von fiskalischer Verwaltung nur dort zu sprechen, wo sich die Verwaltung ohne unmittelbare Erfüllung von öffentlichen Aufgaben betätigt, also lediglich bei der konkurrierenden Teilnahme der öffentlichen Hand am Wirtschaftsleben und bei der Abwicklung privatrechtlicher Hilfsgeschäfte 2). Bei solcher Terminologie wird es dann auch vermieden, von fiskalischer Verwaltung im engeren und weiteren Sinn 3), von "wirklich fiskalischer" 4) oder "selbständig fiskalischer Verwaltung" 5) sprechen zu müssen.

Soweit Träger der öffentlichen Verwaltung sich privatrechtlicher Formen bedienen, um unmittelbar öffentliche Aufgaben zu erfüllen, Aufgaben etwa auf dem Gebiet der öffentlichen Daseinsvorsorge, oder um unmittelbar öffentliche Zwecke zu verfolgen, wie dies bei den Einzelförderungsmaßnahmen der Fall ist, handelt es sich nicht um fiskalische Verwaltung, sondern um einen besonderen Typ der Verwaltung, für den sich bisher noch kein Begriff gefunden hat. Hier einen neuen Begriff einzuführen, erscheint aber auch nicht notwendig; denn die Formen des Privatrechts, die im Bereich dieses Verwaltungstyps verwendet werden, sind, da es nur ein Privatrecht gibt, genau dieselben, die auch die fiskalische Verwaltung gebraucht. Wenn trotzdem das Privatrecht, das die Träger öffentlicher Verwaltung bei der Verfolgung unmittelbar öffentlicher Zwecke zur Anwendung bringen, gegenüber dem der fiskalischen Verwaltung dienenden Privatrecht von Hans J. Wolff besonders herausgestellt und als "Verwaltungsprivatrecht" 6) bezeichnet wird, so hat dies seinen Grund nicht etwa darin, dass in beiden Bereichen ein verschiedenes Privatrecht gelten könnte. Der Begriff des Verwaltungsprivatrechts hat sich vielmehr an der Frage herausgebildet, ob Träger öffentlicher Verwaltung

-
- 1) W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 24 ff.; v. Turegg, Lehrbuch, S. 23 ff.; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949, S. 129; Nebinger, Verwaltungsrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1949, S. 3 ff.; Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 56.
 - 2) Forsthoff, Lehrbuch, S. 69, 113, 322 f., 449 f.; Siebert, Festschrift für Nidermeyer, S. 220 f.; Ramstein, Die Abgrenzung zwischen öffentlichem und privatem Recht, S. 75 f.; Torz, DÖV 1958, S. 207.
 - 3) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 82.
 - 4) Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Randnr. 135, S. 68 f.
 - 5) Hamann, Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 73; derselbe, NJW 1957, S. 1422.
 - 6) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 84.

auch dann, wenn sie zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben Privatrechtsverhältnisse eingehen, den Bindungen des öffentlichen Rechts, insbesondere den Grundrechten unterworfen sind; mit anderen Worten, ob sich die Subjekte öffentlicher Verwaltung durch eine "Flucht aus der Hoheitsgewalt" 1) in das Privatrecht ihren öffentlichrechtlichen Bindungen, der Bindung durch die Grundrechte entziehen können. Das Problem dieser Frage verdient hier erörtert zu werden, weil es in einem anderen Zusammenhang Bedeutung für die Rechtsformen der Leistungsverwaltung gewonnen hat. Es wird sich nämlich ergeben, dass nicht zuletzt auf dieses Problem die sogenannte Zweistufentheorie zurückzuführen ist, eine Lehre, nach welcher die Gewährung von Leistungen in zwei Stufen abgewickelt wird, in einer, die dem öffentlichen Recht angehört, und einer anderen, die dem Privatrecht zugechnet wird.

III. Die Zwei-Stufen-Konstruktion.

Literatur und Rechtsprechung sind sich heute darin einig, dass sich die Träger der Verwaltung auch zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben grundsätzlich der rechtlichen Gestaltungsformen des öffentlichen oder des privaten Rechts bedienen können 2). Dieses Wahlrecht der Verwaltung ergibt sich schon daraus, dass für manche Verwaltungszwecke keine anderen als privatrechtliche Abwicklungsformen zur Verfügung stehen, etwa für die Hingabe eines Darlehens oder die Übernahme einer Bürgschaft. Ausserdem aber ist selbst in Gesetzen vereinzelt für die Durchführung öffentlichen Zwecken dienender Aufgaben die Anwendung zivilrechtlicher Formen vorgesehen 3).

Die Anerkennung eines solchen Wahlrechts zwischen öffentlichrechtlichen und privatrechtlichen Rechtsformen führt zwangsläufig zu der aufgeworfenen Frage, ob sich die Verwaltungsträger durch die Anwendung nur privatrechtlicher Formen

1) Naumann, Diskussionsbeitrag in VVDStRL Heft 11, S. 131.

2) Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Randnr. 111, S. 56 und Randnr. 136, S. 70; Bachof, Der Rechtsschutz im öffentlichen Recht: gelöste und ungelöste Probleme, DÖV 1953, S. 423; Flessa, Schuldverhältnisse des Staates auf Grund Verwaltungsrechts, DVBl. 1957, S. 120; Forsthooff, Lehrbuch, S. 113, 359, 449; Hamann, BB 1953, S. 865; Helmreich-Widtmann, Bayerische Gemeindeordnung, Anm. 2 a vor Art. 56, S. 406; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 84 f.; BVerwGE 7, S. 180/181 = NJW 1958, S. 2128; BGHZ 20, S. 77/78 = NJW 1956, S. 670; BGHZ 20, S. 102/104 = NJW 1956, S. 745; BayVerfGH, bayVGH n.F. 9 II 114/119 = DÖV 1956, S. 499 = BVBl. 1956, S. 274.

3) z.B. Art. 22 Bayer. Strassen- und Wegegesetz vom 11.7.1958 (GVBl. S. 147).

ihrer öffentlichrechtlichen Bindungen entledigen können. Die Frage stellen, heisst sie aber verneinen; denn es kann der Verwaltung nicht gestattet sein, durch die blossе Auswechslung der Rechtsformen sich ihrer spezifischen Verantwortung zu entziehen 1). Die Verwaltung unterliegt überall dort, wo sie öffentliche Aufgaben, also auch öffentliche Aufgaben im Rahmen der Leistungsverwaltung erfüllt, insbesondere dort, wo sie als Vergeber existenzwichtiger Leistungen auftritt oder wo sie rechtliche oder faktische Monopole innehat, den verfassungsmässigen, rechtsstaatlichen Bindungen, den Grundrechten. Allerdings treten bei der Verwendung privatrechtlicher Gestaltungsformen diese öffentlichrechtlichen Bindungen nicht ergänzend neben die Normen des privaten Rechts, die Verwaltung ist in diesem Fall nicht unmittelbar der Grundrechtsbindung unterworfen 2), vielmehr können die Grundrechte hier nur über die wertausfüllungsfähigen und wertausfüllungsbedürftigen Begriffe und Generalklauseln des Privatrechts, so etwa über die §§ 138, 242, 826 BGB zur Anwendung kommen 3); denn allein die Einführung der Grundrechte über die Normen des Privatrechts ist, wenn nur privatrechtliche Formen

-
- 1) Forsthoff, Lehrbuch, S. 69; BVerwGE 5, S. 325. Ebenso: Hamann, Grundgesetz, Einf. I D 7 c, S. 56; Ipsen, Gleichheit, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 144, Fussn. 109; derselbe, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 19 f. = DVBl. 1956, S. 465 f.; Köttgen, DVBl. 1953, S. 488; Herb. Krüger, DVBl. 1955, S. 384; Siebert, Festschrift für Niemeyer, S. 240; OVG Saarland, DÖV 1959, S. 708; a. A.: v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, 2. Aufl. 1957, Anm. V 3 b zu Art. 1, S. 159 f.
- 2) so allerdings Bachof, DÖV 1953, S. 423; derselbe, VVDStRL Heft 12, S. 63; Forsthoff, Lehrbuch, S. 69; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 85; Löw, Fiskalgeltung der Grundrechte, DÖV 1957, S. 879 ff.; BGH, NJW 1959, S. 431 = JZ 1959, S. 405; vgl. auch Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 39 ff.
- 3) Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Randnr. 138, S. 71; derselbe schon: Das Eigentum als Menschenrecht, ZgesStW Bd. 109, 1953, S. 340 f.; JZ 1953, S. 199; Grundrechte und Zivilrechtsprechung, in: Festschrift zum 75. Geburtstag von Hans Nawiasky, 1956, S. 184 ff.; Helmreich-Widtmann, Bayerische Gemeindeordnung, Anm. 1 vor Art. 56, S. 405; Siebert, DÖV 1959, S. 736; vgl. zur Auswirkung der Grundrechte auf das Zivilrecht im allgemeinen ("Drittwirkung der Grundrechte"): BVerfGE 7, S. 198 ff. = NJW 1958, S. 257 = JZ 1958, S. 119 ("Lüth-Urteil"); vorausgehend BAGE 4, S. 274 = NJW 1957, S. 1688 = DÖV 1958, S. 153; vgl. hierzu weiter ausser der genannten Literatur insbesondere: Nipperdey, Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung, RdA 1950, S. 125; derselbe, Die Würde des Menschen, in: Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 18 ff.; Laufke, Vertragsfreiheit und Grundgesetz, in: Festschrift für Heinrich Lehmann, 1956, Bd. 1, S. 145 ff.

vorliegen, systemgerecht, aber auch zweckmässig und genügend. Dabei gelangt das vom Zivilrichter zu achtende Verbot des "*venire contra factum proprium*" zu besonderer Geltung 1). Mit ihm nämlich lässt sich jedes Vorgehen eines Verwaltungsträgers im Rahmen eines privatrechtlichen Rechtsverhältnisses verhindern, wenn das Vorgehen bei Abwicklung in öffentlichrechtlichen Formen wegen Verstoßes gegen ein Grundrecht, insbesondere gegen das Gebot der Gleichheit, nicht gestattet wäre.

Schwierigkeiten bei der Aktualisierung der Grundrechte im Bereich der privatrechtliche Formen benützenden öffentlichen Verwaltung ergeben sich, wenn man eine unmittelbare Geltung der Grundrechte in diesem Bereich ablehnt, normalerweise nur dann, falls der Betroffene noch in keinerlei vertraglicher Beziehung zu dem die Grundrechte missachtenden Verwaltungsträger steht. Als Beispiel mag der Fall dienen, dass der Abschluss eines Vertrages über die Gewährung eines zinsverbilligten Darlehens unter Verletzung des Gleichheitssatzes von seiten der Verwaltung abgelehnt wird. Die Anwendung der Art. 3 GG kann hier mangels privatrechtlicher Rechtsbeziehungen zwischen Verwaltung und Betroffenen nicht über die Generalklauseln des Privatrechts erfolgen. Für die Lösung all dieser problematischen Leistungsverhältnisse bietet sich jedoch heute eine Konstruktion an, die in jeder Hinsicht zu befriedigenden Ergebnissen führt: Es ist zu unterscheiden zwischen zwei verschiedenen rechtlichen Vorgängen, nämlich erstens dem Akt der Verwaltung, mit dem unter öffentlichrechtlichen Gesichtspunkten darüber befunden wird, ob ein bürgerlichrechtliches Rechtsgeschäft abzuschliessen ist, und zweitens dem Abschluss dieses Geschäftes selbst 2). Damit ist eine Trennung der Entscheidung über das "Ob" der staatlichen Leistung von der Frage nach dem "Wie" erreicht. Beide Stufen sind scharf auseinander zu halten. Während die erste dem öffentlichen Recht angehört und alle Merkmale eines Verwaltungsakts aufweist, unterliegt die zweite Stufe dem Privatrecht.

-
- 1) Ipsen, Aktionär und Sozialisierung, in: Verkehrs- und Energiewirtschaft, 1949, S. 32 ff.; Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Randnr. 138, S. 71.
 - 2) Bachof, DÖV 1953, S. 423; Dickmann, Die Beseitigung behördlicher Bewilligungen durch Aufhebung oder Widerruf, DÖV 1957, S. 278 f.; Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Randnr. 137 f., S. 70 f.; Flessa, DVBl. 1957, S. 81 ff.; Hamann, BB 1953, S. 866 f.; Ipsen, Rechtsfragen der Investitionshilfe, AöR Bd. 78, 1952/53, S. 292 ff.; derselbe, Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 149; derselbe, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 64 ff. = DVBl. 1956, S. 603 f.; Herb. Krüger, DVBl. 1955, S. 385; Menger, DÖV 1955, S. 591; Siebert, Festschrift für Niedermeyer, S. 236 f.; a. A. Jentsch, Zum Begriff des öffentlichen Rechts, DÖV 1956, S. 300.

Diese Konstruktion bietet den Vorteil, dass bei der ersten Stufe, nämlich der Entscheidung über die Gewährung oder Ablehnung einer Leistung die Verwaltung in vollem Umfang den öffentlichrechtlichen Bindungen unterliegt. Bei einem Verstoß gegen die Grundrechte steht dem Betroffenen der Weg zu den Verwaltungsgerichten mit einer Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage offen 1).

Der Anwendungsbereich für die Zwei-Stufen-Konstruktion ist gross. Die Rechtsprechung hat sich ihrer bisher vor allem auf dem Gebiet des Subventionsrechts und dem Recht der öffentlichen Verkehrs- und Versorgungsbetriebe bedient. So sah bereits im Jahre 1953 das Obergerverwaltungsgericht Münster die Entscheidung über die Übernahme einer Landesbürgschaft als Verwaltungsakt an 2), das Bundesverwaltungsgericht im ersten Band seiner Entscheidungssammlung in gleicher Weise den Bescheid über die Bewilligung öffentlicher Mittel für den Wohnungsbau 3). Der Bayerische Verfassungsgerichtshof erklärte in einer Entscheidung, die die Münchener Strassenbahn betraf, der Anspruch auf Zulassung zur Benützung einer öffentlichen Einrichtung gehöre stets dem öffentlichen Recht an, das Benützungsverhältnis selbst könne jedoch durchaus dem Privatrecht zuzurechnen sein 4). Schliesslich unterschied das Bundesverwaltungsgericht auch bei Subventionierungsmassnahmen aus dem ERP-Sondervermögen des Bundes zugunsten Vertriebener und Flüchtlinge zwischen der Entscheidung über die Gewährung oder Ablehnung eines Kredits einerseits und der Kreditgewährung andererseits. Erstere Entscheidung gehöre jedenfalls dann dem öffentlichen Recht an, wenn die Verwaltung die Kreditmassnahmen nicht als Teilnehmer am allgemeinen Rechts- und Wirtschaftsverkehr, sondern zur Erfüllung sozialstaatlicher Pflichten getroffen habe 5).

-
- 1) Zu einer Bejahung des Zivilrechtsweges für einen auf den Gleichheitssatz des Art. 3 GG gestützten Anspruch auf Beteiligung an der Vergabe von Siedlungsgelände kommt der BGH (NJW 1959, S. 431 = JZ 1959, S. 405 mit Anm. von Raiser) nur deswegen, weil er - zu Unrecht - das staatliche Handeln in privatrechtlichen Formen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung unterwirft.
 - 2) OVG Münster, VerwRspr. 5, S. 874 = DVBl. 1953, S. 578 = DÖV 1953, S. 703.
 - 3) BVerwGE 1, S. 308 = NJW 1955, S. 437 = MDR 1955, S. 313 = DVBl. 1955, S. 258 = DÖV 1955, S. 506. Ebenso BayVerfGH, DVBl. 1959, S. 816. Vgl. jetzt auch § 102 Zweites Wohnungsbaugesetz i. d. F. vom 26.9.1957 (BGBl. I S. 1393).
 - 4) BayVerfGH, bayVGh n.F. 9 II 114 = DÖV 1956, S. 499.
 - 5) BVerwGE 7, S. 180 = NJW 1958, S. 2128 mit Anm. von Flessa NJW 1959, S. 403 = DVBl. 1958, S. 869 = DÖV 1959, S. 107 = BB 1958, S. 1225 = VerwRspr. 11, S. 539.

Während nun in all diesen Fällen die "Zweistufigkeitslehre" auf Sachverhalte angewendet wurde, bei denen jeweils zwei äusserlich voneinander getrennte, zeitlich aufeinanderfolgende Entscheidungen einer Behörde vorlagen, hat das Bundesverwaltungsgericht in einer weiteren Entscheidung 1) das Zweistufenprinzip entgegen der bisherigen Rechtsprechung 2) auch dann zum Zuge kommen lassen, wenn die öffentlichrechtliche Entscheidung der privatrechtlichen Massnahme nur logisch, nicht aber auch zeitlich vorausgeht, und beide somit in einem Akt zusammenfallen, wie im Falle einer bevorzugten Berücksichtigung eines Vertriebenen bei der Vergabe eines Auftrags der öffentlichen Hand nach § 74 des Bundesvertriebenengesetzes.

Auch diese letzte Konstruktion, die mit Recht nicht nur vom Bundesverwaltungsgericht, sondern auch in der Literatur anerkannt ist 3), bringt keine neuen Rechtsformen für die Leistungsverwaltung. Vielmehr werden lediglich öffentlichrechtliche und privatrechtliche Gestaltungsformen gleichzeitig in voller Reinheit nebeneinandergestellt. Wenn nämlich die Verwaltung über die Gewährung oder Ablehnung einer Leistung entscheidet, übt sie einmal Hoheitsverwaltung aus, indem sie einen Verwaltungsakt setzt, zum anderen aber betätigt sie sich auf privatrechtlichem Sektor, indem sie die Eingehung eines Vertragsverhältnisses ablehnt oder aber einen Vertrag abschliesst. Eine Veränderung der öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Rechtsformen wird durch die gleichzeitige Anwendung nicht herbeigeführt. Es besteht deshalb kein Anlass hier von einem besonderen "Verwaltungsprivatrecht" zu sprechen.

Abschliessend kann damit ganz allgemein festgestellt werden, dass sich die Leistungsverwaltung der überlieferten Formen des Verwaltens bedient, nämlich der obrigkeitlichen und nichtobrigkeitlichen Hoheitsverwaltung, sowie der Verwaltung in privatrechtlichen Formen.

1) BVerwGE 7, S. 89 = DÖV 1958, S. 667 = MDR 1958, S. 868 = NJW 1959, S. 115.

2) BGHZ 2, S. 37/43; BGHZ 6, S. 304/314; VGH Kassel, NJW 1956, S. 1653; weitere Entscheidungen zur Zweistufigkeitslehre, teilweise ablehnend: BGHZ 20, S. 77 = DÖV 1956, S. 367; BVerwGE 3, S. 205; BVerwGE 5, S. 325; BVerwGE 6, S. 244 = NJW 1958, S. 1107 = DÖV 1958, S. 419; BVerwGE 7, S. 264 = NJW 1959, S. 212 = MDR 1959, S. 65; BVerwG, DVBl. 1959, S. 665. Zu Unrecht stellt das OVG Münster, VerwRspr. 11, S. 305, auf das Vorhandensein einer gesetzlichen Regelung ab; es kommt für die Anwendung der Zweistufentheorie nur darauf an, dass eine Gewährung der Erfüllung öffentlicher Aufgaben dient und nicht etwa erwerbswirtschaftlichen Zwecken.

3) Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Randnr. 137, S. 70; Herb. Krüger, DVBl. 1955, S. 385; offengelassen bei Flessa, DVBl. 1957, S. 83.

DRITTES KAPITEL

DER GRUNDSATZ DER GESETZMÄSSIGKEIT UND DIE LEISTUNGSVERWALTUNG

Wenn wir uns nunmehr der Frage zuwenden, inwieweit die Leistungsverwaltung heute dem Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung unterliegt, oder mit anderen Worten, ob sich der Inhalt dieses Grundsatzes durch das Anschwellen der Leistungen von seiten der Träger der öffentlichen Gewalt in neuerer Zeit gewandelt hat, so empfiehlt es sich, an die bisherige Auffassung über den Umfang des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit anzuknüpfen. Im folgenden wird deshalb die Leistungsverwaltung dem Vorrang und dem Vorbehalt des Gesetzes gegenübergestellt.

ERSTER ABSCHNITT.

DIE GELTUNG DES PRINZIPI VOM VORRANG DES GESETZES IN DER LEISTUNGSVERWALTUNG.

I. Die Geltung des Prinzips vom Vorrang des Gesetzes im Bereich der Hoheitsverwaltung.

Der Vorrang des Gesetzes ist für die Verwaltung in zwei Richtungen von Bedeutung, nämlich für die von ihr erlassenen Einzelverfügungen und für ihre Rechtsetzungsakte. Für den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Grundgesetzes haben wir die Wirkungen des Vorrangs des Gesetzes in zwei Thesen zusammengefasst:

These I (von der Einzelverfügung her gesehen):

Jeder konkrete Akt der Verwaltung ist ungültig, soweit er einem materiellen Gesetz widerspricht.

These II (von der untergesetzlichen Norm her gesehen):

Jede abstrakte Rechtsnorm der Verwaltung ist ungültig, soweit sie einem höherrangigen materiellen Gesetz, insbesondere einem formellen Gesetz widerspricht.

Das Grundgesetz hat am Inhalt dieser Thesen nichts geändert, vielmehr ihre Gültigkeit bestätigt durch Art. 20 Abs. 3 Halbsatz 2, der die vollziehende Gewalt an Gesetz und Recht bindet. Diese Bindung nach Art. 20 Abs. 3 GG ist jedoch nicht so zu verstehen, dass nur die vollziehende Gewalt, also die Funktion als solche gebunden ist, sondern gebunden sind alle eine solche Funktion ausübenden

Gewaltträger. Der Verfassungsgeber hat sich hier nur einer Kurzform bedient 1). Da nun zur vollziehenden Gewalt auch die Verwaltung gehört, ergibt sich hieraus, dass alle Träger der öffentlichen Verwaltung hinsichtlich ihrer Tätigkeit Gesetz und Recht unterliegen und zwar auch dann, wenn sie im Einzelfall nicht ausschliesslich Verwaltung, sondern - wie beim Erlass von Rechtssetzungsakten - auch Gesetzgebung ausüben. Art. 20 Abs. 3 GG bindet also die Verwaltung sowohl bei der Vornahme konkreter Einzelakte als auch bei der Setzung abstrakter Rechtsnormen an Gesetz und Recht.

Ohne dass hier das zu dogmatischen Zweifeln Anlass gebende Nebeneinander von "Gesetz" und "Recht" in Art. 20 Abs. 3 GG erörtert zu werden braucht, kann davon ausgegangen werden, dass unter "Gesetz" jedes geschriebene Recht, also nicht nur jedes formelle, sondern auch jedes materielle Gesetz zu verstehen ist 2). Folglich darf nach Art. 20 Abs. 3 GG keine Handlung der Verwaltung, sei es ein Einzelakt oder ein rechtsetzender Akt gegen eine höherrangige untergesetzliche Norm oder gegen ein formelles Gesetz verstossen. Dieser Grundsatz des Vorranges der höherrangigen Norm gilt infolge der allgemeinen Fassung des Art. 20 Abs. 3 GG für alle Handlungen der Verwaltung, also nicht nur für die Eingriffsverwaltung, sondern auch für die leistungsgewährende Verwaltung 3). Er ist massgebend nicht nur für die Verwaltungsorgane des Bundes, sondern - da es sich um einen rechtsstaatlichen Grundsatz handelt - über Art. 28 GG auch für die Verwaltungsorgane der Länder und der Gemeinden 4).

Jeder leistungsgewährende, begünstigende Verwaltungsakt findet damit seine Schranke an den Rechtsnormen. Ein Verstoss gegen eine solche Norm führt je nach der Schwere der Fehlerhaftigkeit entweder zur Nichtigkeit mit der Folge, dass der Verwaltungsakt als rechtlich nicht vorhanden gilt, von niemandem beachtet zu werden braucht, und jeder sich auf seine Unwirksamkeit berufen kann, oder aber der Verstoss führt zur Anfechtbarkeit (Aufhebbarkeit, Vernichtbarkeit) mit der Folge, dass der Verwaltungsakt trotz seiner Rechtswidrigkeit zunächst

-
- 1) Wernicke im Bonner Kommentar, Erl. II 3 c zu Art. 20; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Anm. VI 4 d zu Art. 20.
 - 2) Maunz, Staatsrecht, S. 58; Giese, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl. 1955, Anm. 8 zu Art. 20, S. 47; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Anm. VI 4 f. zu Art. 20; Wernicke im Bonner Kommentar, Erl. II 3 e zu Art. 20.
 - 3) Menger, DÖV 1955, S. 588; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 127.
 - 4) vgl. z.B. die ausdrückliche Bestimmung des Art. 56 Abs. 1 Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25.1.1952 (BayBS I S. 461): "Die gemeindliche Verwaltungstätigkeit muss mit der Verfassung und mit den Gesetzen in Einklang stehen."

wirksam ist, aber unter Umständen von der erlassenden Behörde zurückgenommen, oder - was allerdings bei rechtswidrigen begünstigenden Verwaltungsakten selten der Fall sein wird - durch rechtsmittelinstanzliche oder verwaltungsgerichtliche Entscheidung aufgehoben werden kann.

Nichtig ist beispielsweise ein Verwaltungsakt, der die Ernennung eines entmündigten Beamten zum Inhalt hat. § 11 Abs. 2 Ziff. 2 des Bundesbeamtengesetzes 1) stellt die Nichtigkeit eines solchen Aktes ausdrücklich fest. Blosser Anfechtbarkeit eines begünstigenden Verwaltungsaktes ist dagegen etwa dann gegeben, wenn eine Gaststättenerlaubnis erteilt wird, der Antragsteller aber die für den Gewerbebetrieb notwendige Zuverlässigkeit nicht besitzt. Eine derartige Erlaubnis steht im Widerspruch zu § 2 Abs. 1 Ziff. 1 des Gaststättengesetzes 2) und könnte, wenn der Begünstigte darauf antragen sollte, aufgehoben werden.

Untergesetzliche Normen, zu denen auch die Satzungen autonomer Verbände, insbesondere Gemeindegesetzungen und unter ihnen vor allem die meist Leistungen normierenden Anstaltssatzungen zählen, sind, wenn sie sich nicht im Rahmen der höherrangigen Rechtsnormen halten, sondern ihnen zuwiderlaufen, nichtig. Eine Unterscheidung zwischen Nichtigkeit und Anfechtbarkeit, wie sie bei Verwaltungsakten gemacht wird, findet hier nicht statt. Als Beispiel einer nichtigen Norm möge eine Rechtsverordnung dienen, in welcher die Voraussetzungen für die Konzessionierung von Schulen geregelt sind, die systematisch zur Begehung von Straftaten erziehen. Eine solche Verordnung würde gegen die Strafgesetze verstossen; denn aus den Strafandrohungen der Strafgesetze ergibt sich ein staatliches Verbot der Begehung strafbedrohter Handlungen. Dieses Verbot aber steht einer Zulassung von Schulen zur Begehung von Verbrechen entgegen.

Keine Verletzung des Prinzips vom Vorrang des Gesetzes liegt dann vor, wenn ein Akt der Verwaltung oder eine untergesetzliche Norm zwar einer einzelnen Bestimmung einer höherrangigen Norm zuwiderläuft, in dieser höherrangigen Norm selbst aber die Befugnis zu einer von dieser Einzelbestimmung oder einer Gruppe von Bestimmungen abweichenden Regelung festgelegt ist, mit anderen Worten, wenn sich die höherrangige Norm bezüglich bestimmter Vorschriften gegenüber Normen niederen Ranges oder Verwaltungsakten Subsidiarität beilegt. Genau betrachtet liegt nämlich in solchen Fällen gar kein Widerspruch zu der höherrangigen Norm vor, da gerade in ihr die abweichende Regelung zugelassen ist. Es bedeutet also keinen Verstoss gegen den Vorrang des Gesetzes, wenn zum Beispiel nach § 46 Abs. 2 der Strassenverkehrsordnung 3) bestimmte Verwaltungsbehörden befugt sind, Ausnahmen von den Vorschriften dieser Verordnung für be-

1) Gesetz i. d. F. vom 18.9.1957, BGBl. I S. 1338.

2) Gesetz vom 18.4.1930, RGBl. I S. 146.

3) Verordnung i. d. F. vom 29.3.1956, BGBl. I S. 271, 327.

stimmte Einzelfälle oder allgemein für bestimmte Antragsteller zu genehmigen 1).

II. Die Geltung des Prinzips vom Vorrang des Gesetzes im Bereich der sich in privatrechtlichen Formen abwickelnden Verwaltung.

Dem Vorrang des Gesetzes unterliegen alle Willensäußerungen der Verwaltung. Daraus folgt, dass neben der leistungsgewährenden obrigkeitlichen und schlichten Hoheitsverwaltung auch die in privatrechtlichen Formen tätige Leistungsverwaltung an höherrangige Normen, soweit sie zwingend und nicht abdingbar sind, gebunden ist. Das gilt sowohl, wenn die Verwaltung privates Recht zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben anwendet, als auch dann, wenn sie private Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung abschliesst.

Diese Bindung ergibt sich gleichfalls aus Art. 20 Abs. 3 GG. Was die materiell öffentliche Verwaltung in privatrechtlichen Formen angeht, ist die Bindung nicht problematisch, da insoweit sicher vollziehende Gewalt ausgeübt wird, es sich also um eine der in Art. 20 Abs. 3 GG genannten drei Tätigkeitsformen staatlicher Gewalt handelt. Fraglich ist aber, ob auch die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand unter Art. 20 Abs. 3 GG fällt, da dieser Bereich nicht als öffentliche Verwaltung im materiellen Sinn anerkannt ist 2). Würde man die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit als Verwaltung bezeichnen können, wäre ihre Bindung nach Art. 20 Abs. 3 GG freilich eine notwendige Konsequenz 3). So jedoch könnte man zu dem Ergebnis gelangen, dass die erwerbswirtschaftliche

1) Zur Zulässigkeit der in den §§ 345, 346 Lastenausgleichsgesetz vom 14.8.1952, BGBl. I S. 446, angeordneten Subsidiarität von Zuständigkeitsvorschriften des Lastenausgleichsgesetzes gegenüber allgemeinen Verwaltungsvorschriften, vgl. BVerfGE 8, S. 155 ff. = NJW 1959, S. 235. Dazu kritisch Maunz in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 80, Randnr. 1, S. 3, Fussn. 1 und die dort angeführte Literatur.

2) vgl. oben S. 53f.

3) Inkonsequent deshalb Torz, DÖV 1958, S. 207 f., der allerdings die erwerbswirtschaftliche (von ihm privatwirtschaftlich genannte) Tätigkeit nicht der vollziehenden Gewalt und damit dem Art. 20 Abs. 3 GG unterwerfen kann, weil er andernfalls infolge seiner - wie sich zeigen wird: abzulehnenden - Auffassung, wonach Art. 20 Abs. 3 GG auch den Vorbehalt des Gesetzes zum Inhalt hat, zu dem Ergebnis käme, dass die erwerbswirtschaftliche Betätigung ohne entsprechende gesetzliche Normierung rechtsunwirksam wäre, eine Ergebnis, das in Anbetracht der Verfassungswirklichkeit nicht befriedigen könnte.

Tätigkeit der öffentlichen Hand, weil sie nicht öffentliche Verwaltung darstellt, nicht hoheitlicher Natur, sondern eben erwerbswirtschaftlicher, privater Art ist, ausserhalb des Art. 20 Abs. 3 GG steht und dann vielleicht gar neben den herkömmlichen in Art. 20 Abs. 2 und 3 GG genannten drei Tätigkeitsformen staatlicher Gewalt als eine vierte Gewalt anzusehen ist. Ein solcher Gedankengang 1) verbietet sich aber von selbst, wenn man Art. 20 Abs. 3 GG wie bereits oben 2) in dem Sinne auslegt, dass nicht die drei Gewalten als solche, vielmehr die einzelnen Träger dieser Gewalten an die für sie massgebenden Schranken gebunden sind. Es kommt dann nicht darauf an, ob die erwerbswirtschaftliche Betätigung öffentliche Verwaltung im materiellen Sinn ist, sondern allein darauf, dass sie von den Trägern der vollziehenden Gewalt ausgeübt wird, die im vollen Umfang bei jeder von ihnen in Angriff genommenen Tätigkeit, also auch bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung, der Bindung an das Gesetz unterworfen sind.

Wir kommen damit zu dem Ergebnis, dass der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, soweit er sich als Vorrang des Gesetzes äussert, uneingeschränkt auch für die Leistungsverwaltung gilt.

ZWEITER ABSCHNITT.

DAS PRINZIP VOM VORBEHALT DES GESETZES BEI EINZELAKTEN DER LEISTUNGSVERWALTUNG.

Nach der Feststellung, dass die Leistungsverwaltung vorbehaltlos dem Prinzip vom Vorrang des Gesetzes unterliegt, ist der Frage nachzugehen, ob sich dieser Verwaltungstyp auch dem Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes als dem zweiten Teilsatz innerhalb des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit zu beugen hat. Hierbei soll zuerst untersucht werden, ob heute der Erlass konkreter leistungsgewährender Einzelakte der Verwaltung nur aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung zulässig ist, und die Behandlung der entsprechenden Frage für den Erlass leistungsgewährender abstrakter Rechtsnormen davon abgetrennt werden; denn es wird sich zeigen, dass beide Fragen verschieden zu beantworten sind.

Es ist leicht zu erkennen, welche Bedeutung die Frage nach der Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage der Leistungsverwaltung hat. Sie ist entscheidend für die Auffassung vom Wesen der Verwaltung überhaupt. Lehnt man es ab, die Verwaltung auch dann nur unter der Voraussetzung einer Bevollmächtigung durch den Gesetzgeber tätig werden zu lassen, wenn sie nicht in die Rechte des Bürgers eingreift, sondern ihm lediglich Vorteile bringt, so ist damit zugleich ein Bekennt

1) Hamann, NJW 1957, S. 1423.

2) s. S. 74f.

nis für eine teilweise freischöpferische, gesetzessfreie Verwaltung ausgesprochen. Verlangt man dagegen für alle rechtserheblichen Handlungen der Leistungsverwaltung in gleicher Weise wie für die der Eingriffsverwaltung stets einen konkreten Auftrag des Gesetzgebers, so fällt die Entscheidung zugunsten einer Verwaltung, die sich lediglich in der Ausführung der Gesetze erschöpft, die also nicht selbst gestalten und die keine freien Entschlüsse fassen kann, abgesehen nur von der relativ engen Freiheitssphäre, die der Gesetzgeber der Verwaltung von Fall zu Fall durch die Einräumung eines Ermessensspielraums lässt. Die Frage nach dem Wesen der Verwaltung und ihr Verhältnis zum Gesetzgeber wird uns somit im folgenden stets begleiten.

Auszugehen ist auch hier von der vor der Geltung des Grundgesetzes herrschenden Auffassung. Die einschlägige These IV lautet:

Jeder konkrete Akt der Verwaltung, der in Freiheit oder Eigentum des Bürgers eingreift, bedarf einer Ermächtigung in einem materiellen Gesetz

Diesem Satz lässt sich für die Leistungsverwaltung nur entnehmen, dass der Erlass konkreter Einzelakte, wenn sie lediglich Leistungen an den Bürger zum Inhalt haben, nicht von vornherein an eine gesetzliche Grundlage gebunden ist, da insoweit nicht in Freiheit oder Eigentum des Bürgers eingegriffen wird. Sollte heute das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes allgemein auch für die Leistungsverwaltung gelten, also eine weiterreichende Bedeutung als früher besitzen, müsste sich dies aus anderen Gründen ergeben. Unsere den früheren Umfang des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes wiedergebende These sagt hierüber nichts aus.

1. Keine Anhaltspunkte im Grundgesetz für eine allgemeine Geltung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes.

1. Die Bestimmung des Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz.

Sucht man im Grundgesetz nach einer Bestimmung, die eine Aussage über die Notwendigkeit gesetzlicher Ermächtigung für leistungsgewährende konkrete Einzelakte der Verwaltung enthalten könnte, so stößt man in erster Linie auf Art. 20 Abs. 3 Halbsatz 2: "Die vollziehende Gewalt ist an Gesetz und Recht gebunden." In der Regel wird in diesem Satz der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung als verankert angesehen¹⁾. Nun stellt sich aber dieser Grundsatz nach der

1) Maunz, Staatsrecht, S. 200; Forsthoff, Lehrbuch, S. 225; Ule, Über das Verhältnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, S. 154, 156; Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 27; BVerwG, DVBl. 1957, S. 721 mit Anm. von Forsthoff = NJW 1957, S. 555.

bisher herrschenden Auffassung in zwei Formen dar, dem Vorrang und dem Vorbehalt des Gesetzes. Der Vorrang des Gesetzes schliesst jede Betätigung der Verwaltung aus, die gegen die gesetzliche Ordnung verstösst, der Vorbehalt des Gesetzes fordert eine gesetzliche Grundlage nur für solche Massnahmen der Verwaltung, die in die Rechts- und Freiheitssphäre des einzelnen eingreifen. Bezüglich des Vorrangs des Gesetzes wird also nicht zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung unterschieden, alle Verwaltung ist an den Vorrang des Gesetzes gebunden; dem Vorbehalt des Gesetzes dagegen ist nur die eingreifende Verwaltung unterworfen. Es wird unschwer zu erkennen sein, dass Art. 20 Abs. 3 GG den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in dieser Form nicht zum Inhalt haben kann; denn er spricht lediglich von der Bindung der vollziehenden Gewalt an Gesetz und Recht. Zur vollziehenden Gewalt gehört die Verwaltung 1), jedoch die Verwaltung schlechthin, sowohl die eingreifende als auch die leistende. Von einer Unterscheidung zwischen der leistenden und der eingreifenden Verwaltung ist in Art. 20 Abs. 3 GG keine Rede. Es kann deshalb Art. 20 Abs. 3 GG nur nach einer Richtung hin ausgelegt werden: Die gesamte Verwaltung ist an Gesetz und Recht gebunden, auch die Leistungsverwaltung.

Damit ist aber noch nichts darüber gesagt, inwieweit der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung in Art. 20 Abs. 3 GG verankert ist. Es bleiben zwei Möglichkeiten offen: Entweder er enthält nur das Teilprinzip vom Vorrang des Gesetzes, wie es bereits vor der Geltung des Grundgesetzes allgemein für die ganze Verwaltung bestand, oder er hat auch den Vorbehalt des Gesetzes zum Inhalt, dann aber bedarf nicht nur die Eingriffsverwaltung jeweils im einzelnen einer gesetzlichen Ermächtigung, sondern selbstverständlich auch die Leistungsverwaltung 2). Eine Zwischenlösung gibt es nicht. Welche dieser beiden Möglichkeiten der Verfassungsgeber in Art. 20 Abs. 3 GG zum Ausdruck bringen wollte, ist dem Wortlaut dieser Bestimmung zwar nicht ohne weiteres zu entnehmen, mit Hilfe der Entstehungsgeschichte aber doch eindeutig zu entscheiden. Sicherlich kann "gebunden an Gesetz und Recht" bedeuten, dass die vollziehende Gewalt und damit die Verwaltung nur tätig werden dürfen, wenn "Gesetz und Recht" es gestatten, wenn "Gesetz und Recht" eine Ermächtigung zum Handeln bieten. Fehlt auf einem bestimmten Gebiet eine solche Ermächtigung, ist der Verwaltung jegliche Betätigung auf diesem Sektor verwehrt. Das entspräche dem Vorbehalt des Gesetzes. Genauso gut vertretbar aber ist die Auslegung, dass die Verwaltung nur an "Gesetz und Recht" gebunden ist, soweit "Gesetz und Recht" bestehen. Bei solcher Auslegung bekommt auch die schwer zu deutende Formel "Gesetz und Recht" ihren Sinn: "Gesetz" bedeutet geschriebenes (positives) Recht 3). Ist ein solches

1) statt aller v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Anm. VI 4 b zu Art. 20.

2) für die zweite Alternative z.B. Hamann, Grundgesetz, Einf. I D 1 c, S. 27.

3) vgl. oben S. 75, Fussn. 2.

nicht vorhanden, kann auch keine Bindung an geschriebenes Recht gegeben sein. Für diese Fälle bliebe dann die Bindung an das "Recht", worunter mit Maunz "alle von der allgemeinen Rechtsüberzeugung getragenen ungeschriebenen Rechtsnormen" zu verstehen wären, insbesondere "die aus den demokratisch-rechtsstaatlichen Grundprinzipien unmittelbar ableitbaren ungeschriebenen Rechtsnormen"1).

Diese zweite Auslegung, nach der in Art. 20 Abs. 3 Halbsatz 2 GG lediglich ein Teilsatz des Prinzips der Gesetzmässigkeit, nämlich der Vorrang des Gesetzes verankert ist, muss dann als die einzig richtige Interpretation angesehen werden, wenn man sich die ursprüngliche Fassung dieses umstrittenen Satzes vor Augen hält, die ihm bei der Beratung des Grundgesetzes der Ausschuss für Grundsatzfragen als einer der Fachausschüsse des Parlamentarischen Rates zunächst in seiner 11. Sitzung gab. Sie lautete: "Rechtsprechung und Verwaltung stehen unter dem Gesetz." 2) Diese Formulierung stellt eindeutig nur auf den Vorrang des Gesetzes ab; denn gerade durch die Worte "unter dem Gesetz" kommt das beim Vorrang des Gesetzes so massgebende Rangverhältnis zwischen dem Gesetz und untergeordneten Willensäusserungen der Verwaltung zum Ausdruck. Für den Fall, dass ein Gesetz nicht vorhanden ist, sollte hier keine Regelung getroffen werden.

Es muss deshalb auch die endgültige Fassung des Art. 20 Abs. 3 Halbsatz 2 GG so aufgefasst werden, dass sie über das Bekenntnis zum Prinzip vom Vorrang des Gesetzes hinaus keine weitere Aussage enthält. Aus Art. 20 Abs. 3 GG kann deshalb ein Satz, wonach alle konkreten Einzelakte der Verwaltung nur aufgrund eines Gesetzes ergehen können, nicht entnommen werden. Es ist also in Art. 20 Abs. 3 GG weder für den Erlass leistungsgewährender, begünstigender noch für den Erlass eingreifender, belastender Verwaltungsakte die Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung ausgesprochen.

2. Der Gesetzgebungskatalog der Art. 73 ff. des Grundgesetzes.

Auf der weiteren Suche nach einem Anhaltspunkt, der über die Frage Auskunft geben könnte, ob auch die Leistungsverwaltung nur mit Auftrag des Gesetzgebers tätig werden darf, wird man die Gesetzgebungskataloge der Art. 73 ff. GG nicht unerwähnt lassen können. In ihnen ist eine Reihe von Gebieten aufgezählt, auf denen zum grössten Teil oder sogar ausschliesslich mit Gewährungen gegenüber den Staatsbürgern gearbeitet wird. Hierher zählen die Materien des Staatsangehö-

1) Maunz, Staatsrecht, S. 58; ähnlich Giese, Grundgesetz, Anm. 8 zu Art. 20, S. 47.

2) zitiert nach v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1. Aufl. 1953, Anm. 1 zu Art. 20, S. 131, und Wernicke im Bonner Kommentar, Erl. I zu Art. 20, die sich auf Drucksache Nr. 203 des Parlamentarischen Rates beziehen.

rigkeitsrechts (Art. 73 Ziff. 2, Art. 74 Ziff. 8), der öffentlichen Fürsorge (Art. 74 Ziff. 7), der Kriegsopferversorgung und Wiedergutmachung (Art. 74 Ziff. 9 und 10), weiter die Förderung der wissenschaftlichen Forschung (Art. 74 Ziff. 13), die Förderung der land- und forstwirtschaftlichen Erzeugung (Art. 74 Ziff. 17) und schliesslich der Bau und die Unterhaltung von Landstrassen des Fernverkehrs (Art. 74 Ziff. 22). Die Erwähnung dieser Materien in den Katalogen, die den Bereich der ausschliesslichen Gesetzgebung des Bundes und der konkurrierenden Gesetzgebung festlegen, bedeutet aber keinesfalls, dass sie auch unbedingt einer gesetzlichen Regelung bedürften 1). Die Kataloge der Art. 73 ff. GG dienen einzig und allein der Abgrenzung der Gesetzgebungskompetenz des Bundes von derjenigen der Länder, sie sind also blossе Zuständigkeitsvorschriften 2) und haben darüber hinaus keine Bedeutung. Sie vermitteln dem Bund ein Recht zur Gesetzgebung, legen ihm aber keine Pflicht hierzu auf.

Überdies wäre aber auch, wenn man aus den Art. 73 ff. GG eine Pflicht zur Gesetzgebung ableiten wollte, noch nicht die gesamte Leistungsverwaltung der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung unterworfen; denn die Gesetzgebungskataloge des Grundgesetzes enthalten bei weitem keine vollständige Aufzählung aller Lebenssachverhalte. Eine solch vollständige Erwähnung war für den Grundgesetzgeber nicht erforderlich. Nach der Systematik des Grundgesetzes steht nämlich die Gesetzgebungsbefugnis für all die Materien, für die nicht ausdrücklich die Zuständigkeit des Bundes festgelegt ist, den Ländern zu (Art. 70 Abs. 1 GG). Ist damit bewusst ein Grossteil von Materien in die Gesetzgebungskataloge nicht aufgenommen, so könnte, wenn überhaupt, stets nur ein Teil der von der Verwaltung gewährten Leistungen durch diese Vorschriften an gesetzliche Ermächtigungen gebunden werden. Hieraus aber liesse sich kein allgemeines Prinzip für die gesamte Leistungsverwaltung ableiten.

3. Die Überschrift zum Abschnitt VIII des Grundgesetzes.

Auch aus dem VIII. Abschnitt des Grundgesetzes, der sich mit der Verwaltung befasst, könnte sich ein Anhaltspunkt für die Entscheidung unserer Frage ergeben. Liest man die Artikel dieses Abschnittes aufmerksam durch, so stellt man fest, dass in ihnen nur von Ausführung der Gesetze die Rede ist. Fast wäre man deshalb zu dem Schluss gezwungen, nach dem Grundgesetz sei Verwaltung gleichbedeutend mit Ausführung von Gesetzen. Die Folge wäre, dass die Verwaltungsorgane nur als Vollzieher der Gesetze tätig werden könnten und ihnen jede Tätigkeit, die nicht im Gesetzesvollzug bestünde, verboten wäre. Auch Leistungen könnten dann nur aufgrund von Gesetzen gewährt werden. Diese Überlegungen verlieren

1) Hamann, Die Freiheit der Persönlichkeitsentfaltung im wirtschaftlichen Bereich, BB 1955, S. 105.

2) Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 25.

aber ihre Berechtigung, wenn man die Überschrift dieses VIII. Abschnitts betrachtet. Aus der dort hervorgehobenen Gegenüberstellung: "Die Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung" lässt sich nun wieder ableiten, dass es auch eine Verwaltungstätigkeit geben muss, die nicht lediglich in der Ausführung der Gesetze besteht. Wegen dieses Widerspruchs zwischen dem Inhalt und der Überschrift des Abschnitts VIII des Grundgesetzes ist es nicht vertretbar, allein aus diesem Komplex irgendwelche Schlüsse auf eine Entscheidung des Grundgesetzes in der einen oder anderen Richtung zu ziehen. Es erscheint uns etwas zu kühn, wenn Hans Peters lediglich aufgrund der Abschnittsüberschrift VIII dem Bonner Grundgesetz entnimmt, es habe die verbreitete Auffassung, wonach Ausführung der Gesetze und Verwaltung identisch sind, überwunden 1). Wenn wir diese Schlussfolgerung auch für richtig halten 2), so kann es uns doch nicht erspart bleiben, weiterhin nach einer eindeutigen Antwort auf die Frage zu forschen, ob auch Einzelakte der leistenden Verwaltung einer Grundlage in einem Gesetz bedürfen.

4. Die Vorschrift des Art. 115 Grundgesetz.

In Artikel 115 Satz 2 des Grundgesetzes ist bestimmt:

Kreditgewährungen und Sicherheitsleistungen zu Lasten des Bundes, deren Wirkung über ein Rechnungsjahr hinausgeht, dürfen nur aufgrund eines Bundesgesetzes erfolgen.

Diese Vorschrift, die in ähnlichem Wortlaut zum Teil auch in den Länderverfassungen zu finden ist 3), stellt Kreditgewährungen und Sicherheitsleistungen - beides typische Fälle leistender Verwaltung - unter den Vorbehalt des Gesetzes. Aus der Beschränkung auf solche Gewährungen, deren Wirkung sich über den Zeitraum eines Rechnungsjahres hinaus erstreckt, ist zu folgern, dass kurzfristige Kreditgewährungen und Sicherheitsleistungen, die im laufenden Rechnungsjahr abgewickelt werden, dem Gesetzesvorbehalt nach Art. 115 GG nicht unterliegen. Nun könnte man aufgrund dieser Regelung annehmen, der Grundgesetzgeber sei davon ausgegangen, dass Akte der gewährenden Verwaltung und damit auch Kreditgewährungen und Sicherheitsleistungen grundsätzlich keiner gesetzlichen Ermächtigung bedürften. Diese Argumentation, die eine klare Antwort des Grundgesetzes auf unsere Frage gebracht hätte, verbietet sich aber aus folgenden Gründen:

- 1) Peters, Die Stellung des Bundes in der Kulturverwaltung nach dem Bonner Grundgesetz, Festgabe für Erich Kaufmann, 1950, S. 290.
- 2) ebenso Laforet, Verwaltung und Ausführung der Gesetze nach dem Bonner Grundgesetz, DÖV 1949, S. 219; Maunz, Staatsrecht, S. 200; Herrfahrdt im Bonner Kommentar, Erl. II 2 zu Art. 83; a. A. Hamann, Grundgesetz, Anm. C 2 zu Art. 83, S. 307.
- 3) Art. 82 BayVerf., Art. 75 BerlVerf., Art. 54 NiedersachsVerf.

Art. 115 GG steht im Abschnitt über das Finanzwesen. Satz 2 soll lediglich verhindern, dass die Verwaltung durch Kredite und Sicherheitsleistungen grösseren Ausmasses ohne vorherige Beteiligung des Parlaments Rechtsansprüche Dritter begründet, zu deren Erfüllung unter Umständen später Haushaltsmittel selbst dann bereitgestellt werden müssten, wenn das Parlament den Zweck der Kredite und Sicherheitsleistungen nicht billigen sollte. Die hier vorgesehenen Ermächtigungsgesetze sind daher ihrem Wesen nach haushaltsrechtliche Gesetze 1). Das unterstreicht auch Satz 3 dieses Artikels, wonach in den einzelnen Gesetzen die Höhe des Kredits oder der Umfang der Verpflichtung, für die die Haftung übernommen wird, bestimmt sein muss. Gesetze nach Art. 115 Satz 2 GG 2) begründen wie die jährlichen Haushaltsgesetze keine Rechte und Pflichten, sie sind daher keine Gesetze materiellen Inhalts, sondern stellen sich als formelle Gesetze dar, die nur dem Zweck dienen, die Kredite und Sicherheitsleistungen der förmlichen Bestätigung durch die Volksvertretung zu unterwerfen 3). Ist somit der Gesetzesvorbehalt nach Art. 115 GG für Kreditgewährungen und Sicherheitsleistungen, deren Wirkung über ein Rechnungsjahr hinausgeht, nur von haushaltsrechtlicher Bedeutung, kann auch von den kurzfristigen, innerhalb eines Jahres abzuwickelnden Gewährungen nur gesagt werden, dass sie keiner gesonderten haushaltsrechtlichen Bestätigung durch die Legislative bedürfen. Aus anderen als haushaltsrechtlichen Gründen könnte aber auch in diesen Fällen eine Ermächtigung durch ein Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes notwendig sein. Genauso wie im Bereich der Eingriffsverwaltung beispielsweise sich das Recht zur Besteuerung nicht aus der Einstellung der zu erwartenden Steuereinnahmen in den Haushaltsplan ableitet, sondern nur aus gesondert erlassenen materiellen Gesetzen sich ergeben kann, ist Entsprechendes im Bereich der Leistungsverwaltung möglich. Wenn also Art. 115 GG für bestimmte Fälle der leistenden Verwaltung auf einen haushaltsrechtlichen Gesetzesvorbehalt verzichtet, so ist für sie nicht zugleich jegliche Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage ausgeschlossen. Dass es

1) Flessa, Staatsbürgschaften Bayerns und des Bundes, BVBl. 1960, S. 81; Wacke, Die Finanzverfassung, DÖV 1955, S. 581; Hamann, BB 1953, S. 865.

2) z.B. die Gesetze über die Übernahme von Sicherheitsleistungen und Gewährleistungen zur Förderung der deutschen Wirtschaft, aufbauend auf dem 1. Gesetz vom 21.7.1951, BGBl. I S. 471, und das Gesetz über die Übernahme einer Bürgschaft oder sonstigen Gewährleistung für eine Anleihe des Landes Berlin vom 19.1.1955, BGBl. I S. 30. Für Bayern vgl. das zusammenfassende Gesetz über die Übernahme von Staatsbürgschaften i.d.F. vom 27.11.1959, GVBl. S. 262.

3) Hamann, Grundgesetz, Anm. C 5 zu Art. 115, S. 377; v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1. Aufl., Anm. 4 zu Art. 115, S. 605.

tatsächlich auch gesetzliche Ermächtigungen zu Kreditgewährungen gibt, die nicht Ermächtigungen im Sinne des Art. 115 Satz 2 GG sind, braucht deshalb nicht zu verwunden 1).

Auch aus Art. 115 GG kann folglich die Frage nach der Erforderlichkeit gesetzlicher Ermächtigungen für die Leistungsverwaltung nicht beantwortet werden.

5. Die Rechtsstaatsklausel des Grundgesetzes.

Die Entscheidung unserer Frage kann mangels anderer ausdrücklicher Regelung schliesslich nur dem Bekenntnis des Grundgesetzes zur Rechtsstaatlichkeit entnommen werden. Das Grundgesetz gebraucht den Ausdruck "Rechtsstaat" lediglich in Art. 28 Abs. 1 Satz 1, ohne ihn aber näher zu fixieren. Es enthält jedoch eine Reihe von Vorschriften, die eine Umschreibung wesentlicher Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips darstellen, so das Prinzip der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2), die Bindung der staatlichen Gewalten an Gesetz und Recht, insbesondere an die Grundrechte (Art. 1 Abs. 3, 20 Abs. 3), die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4, die Beschränkung der Exekutive bei Rechtsetzungsakten (Art. 80), die Prinzipien zum Schutz des Angeklagten (Art. 103) und die Rechtsgarantien beim Freiheitsentzug (Art. 104). Mit diesen in der geschriebenen Verfassung verankerten Prinzipien sind aber die Elemente der Rechtsstaatlichkeit nicht erschöpft; denn das Rechtsstaatsprinzip gehört zu den allgemeinen Leitideen, die der Verfassungsgeber als vorverfassungsmässige, höchstrangige Grundsätze unserer Rechtsordnung bereits vorgefunden hat, von denen er ausgegangen ist, und die er deshalb nicht oder nicht im vollen Umfang in Rechtssätzen konkretisiert hat 2).

Auf diese Weise hat auch der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, der unbestritten einen Bestandteil der Rechtsstaatlichkeit bildet 3), über die ausdrückliche Festlegung des Teilprinzips vom Vorrang des Gesetzes in Art. 20 Abs. 3 GG hinaus, eben als Element des Rechtsstaatsprinzips, im Grundgesetz seinen Niederschlag gefunden. Das Grundgesetz bekennt sich also mittels seiner Entschei-

1) so z.B. § 72 Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge i.d.F. vom 14.8.1957, BGBl. I S. 1215, und §§ 12, 17 Bundesevakuiertengesetz i.d.F. vom 5.10.1957, BGBl. I S. 1687.

2) BVerfGE 2, S. 380/403 = NJW 1953, S. 1137.

3) C. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, Neudruck 1954, S. 130; Maunz, Staatsrecht, S. 58; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Anm. VI 2 zu Art. 20, S. 601; Forsthoff, Lehrbuch, S. 371; derselbe, VVDStRL Heft 12, S. 16; Ule, Über das Verhältnis von Verwaltungsstaat und Rechtsstaat, S. 154; H. Huber, Giacometti-Festschrift, S. 60; BVerfGE 9, S. 83/87 = NJW 1959, S. 523.

dung für die Rechtsstaatlichkeit zum Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, und zwar nicht nur zum Vorrang des Gesetzes, der nach Art. 20 Abs. 3 für jegliche Verwaltung Geltung beansprucht, sondern auch zum Vorbehalt des Gesetzes; denn das Prinzip des Rechtsstaats fordert, dass die Verwaltung in den Rechtskreis des einzelnen nur eingreifen darf, wenn sie dazu in einem Gesetz ermächtigt wird 1). Die Rechtsstaatlichkeit verlangt also zweifellos den Vorbehalt des Gesetzes im Bereich der Eingriffsverwaltung. Ob als Folge des Rechtsstaatsprinzips heute auch die leistende Verwaltung dem Vorbehalt des Gesetzes zu unterstellen ist, kann nicht ohne weiteres bejaht werden. Jedenfalls dürfen bei der Beantwortung dieser Frage nicht etwa noch die Vorstellungen des 19. Jahrhunderts über den Rechtsstaatsgedanken zugrunde gelegt werden. Die Anforderungen, die jeweils an den Rechtsstaat gestellt werden, haben sich nämlich im Laufe der Zeiten ständig fortentwickelt. Aus diesem Grunde und mangels einer lückenlosen verfassungsrechtlichen Umschreibung ist auch der Rechtsstaatsbegriff des Grundgesetzes all den Wandlungen unterworfen, die juristische Begriffe durch Rechtsanwendung und Lehre erfahren. Es ist daher durchaus möglich, dass man heute zur Frage der Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für die Leistungsverwaltung anders steht als in früheren Epochen. Im folgenden soll deshalb untersucht werden, welchen Standpunkt Literatur und Rechtsprechung zu unserer Frage heute einnehmen. Erst dann kann diese endgültig entschieden werden.

a. Die Rechtsauffassungen in der Literatur.

Eine Anzahl von Stimmen bekennt sich auch unter der Geltung des Grundgesetzes und seinem Bekenntnis zum Rechtsstaat ohne weiteres zu dem Satz, dass der Vorbehalt des Gesetzes nur dann gilt, wenn in die Rechtssphäre des einzelnen eingegriffen wird; sie verneint also die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage bei Einzelakten der Verwaltung im Bereich der gewährenden Verwaltung. So bestand beispielsweise schon bei der Schaffung des Grundgesetzes im sogenannten Zuständigkeitsausschuss des Parlamentarischen Rates in Bonn Übereinstimmung darüber, dass die zuständige Verwaltungsbehörde zu einem Verwaltungsakt keiner besonderen Ermächtigung in einem Gesetze bedarf, aber dass sie in die Rechte des Staatsbürgers und der sonstigen Rechtspersonlichkeiten nur eingreifen kann, wenn ihr die Rechtsordnung dafür eine Grundlage gibt 2).

In der Literatur tritt insbesondere Hans Peters für diese Auffassung ein. Nur der Vorrang des Gesetzes gilt nach ihm allgemein 3). Die Verwaltung sei nicht gebunden in dem Sinne, dass ihr alles gesetzlich vorgeschrieben sei. Peters distanziert sich deshalb auch ausdrücklich von dem Satz: Keine Verwaltung im gesetzes-

1) BVerfGE 9, S. 137/147.

2) vgl. Laforet, DÖV 1949, S. 219.

3) Peters, Lehrbuch, S. 71; derselbe, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, 1954, S. 6.

freien Raum 1). Ähnlich liest man bei Ernst R. Huber, dass die Verwaltung nur zum Teil "der Rechtsverwirklichung dienender Gesetzesvollzug" sei, zum anderen Teil aber "freie, allein durch die Zweckmässigkeit bestimmte Staatstätigkeit im Rahmen der Gesetze" 2). Auch Friesenhahn 3), Wintrich 4) und Hans J. Wolff 5) betonen, dass nur die in Freiheit oder Eigentum eingreifende, nicht aber die Wohltaten spendende Verwaltung für ihre Tätigkeit einer Grundlage im Gesetz bedarf. Wolff kommt zu diesem Ergebnis durch die Überlegung, dass eine formale Festlegung der Verwaltung auf Gesetzesausführung und -anwendung deren vorgegebenem Funktionsinhalt widerspreche. Als eine inhaltliche Staatsfunktion, der die ziel- und zweckbestimmte Ordnung und Gestaltung des Soziallebens obliegt, lasse sie sich durch die Gesetzgebung keineswegs beliebig bestimmen und begrenzen. Werde die Verwaltung auf blosser Vollziehung eingeschränkt, dann würde sie subalternisiert und verlöre nicht nur ihre Eigenständigkeit, sondern auch die nur ihr eigene Funktionsfähigkeit im Dienste des Gemeinwohls 6).

Arnold Köttgen vertritt immer wieder die Auffassung, es gäbe eine nur auf Finanzmacht gestützte, aber nicht auf Gesetzgebung beruhende Verwaltungsführung 7). Er spricht in diesem Zusammenhang auch von nichtgesetzesakzessorischer Verwaltung 8) und unterstreicht damit seinen Standpunkt, dass eine Verwaltung, die ohne Eingriffe in Freiheit und Eigentum arbeite, vom Vorbehalt des Gesetzes dispensiert ist.

Auch Erich Becker kennt eine nichtgesetzesakzessorische Verwaltung. Er sagt von ihr, sie übertreffe in zahlreichen Verwaltungsbehörden die gesetzesakzessorische Verwaltung an Umfang und Bedeutung um Vielfaches 9). Deshalb verwundert es nicht, wenn Becker die Ansicht, die Verwaltung dürfe nur allein nach den Gesetzen handeln und könne nichts anderes sein als Ausführung der Gesetze, als überholte Vorstellungen bezeichnet 10).

1) Peters, Diskussionsbeitrag in VVDStRL Heft 16, S. 247; ähnlich derselbe, Festgabe für Erich Kaufmann, S. 290.

2) E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, S. 583, im Gegensatz allerdings zu Bd. 2, S. 59.

3) Friesenhahn, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2, S. 250.

4) Wintrich, Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung, Festschrift für Wilhelm Laforet, 1952, S. 242.

5) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 61, 127, 130 f., 243 f.

6) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 61.

7) Köttgen, Verfassungsrechtliche Grenzen der Ausgabenwirtschaft des Bundes,

Der Städtetag 1952, S. 3; derselbe, DVBl. 1953, S. 487 f.; ders., DVBl. 1957, S. 44

8) Köttgen, JöR n.F. Bd. 3, 1954, S. 78.

9) Becker, VVDStRL Heft 14, S. 103.

10) Becker, Die Einnehmerei 1956, S. 215.

Ganz entschieden setzt sich auch Christian Fr. Menger für die Beibehaltung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit in dem Umfange ein, dass kein Verwaltungsakt gegen ein Gesetz verstossen darf, und nur jeder belastende Verwaltungsakt der Ermächtigung durch einen Rechtssatz bedarf 1). Zwar tritt seiner Ansicht nach die Verwaltung in allen Fällen - bei der eingreifenden wie bei der "pflegenden" Verwaltung - dem Bürger als Exponentin der Staatsautorität gegenüber; sie sei deshalb in ihren Entscheidungen nicht frei, wie es grundsätzlich der Privatmann ist, sondern sie sei rechtlich gebunden 2). Damit meint Menger jedoch nicht eine Gebundenheit in dem Sinne, dass auch auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung ein Tätigwerden der Träger dieser Verwaltung nur aufgrund eines Gesetzes in Frage komme; denn Menger weist ausdrücklich auf die Gefahr hin, die durch die in diesem Falle notwendige Schaffung eines ganzen Katalogs neuer Ansprüche und Berechtigungen durch den Gesetzgeber herausbeschworen würde: Unüberschaubarkeit der Rechtsordnung und Freiheitsgefährdung, allein durch die sich mit jedem derartigen Gesetz notwendigerweise vergrössernde Verwaltung 3).

Ernst Forsthoff ist wohl ebenfalls zu den Autoren zu zählen, die für Akte der Leistungsverwaltung keine gesetzliche Grundlage fordern. Auf Seite 14.f. seines Lehrbuchs schreibt er ausdrücklich, die Verwaltung bedürfe einer Rechtssatzgebundenheit nur dort, wo sie in die Rechte einzelner, in Freiheit und Eigentum eingreift. "Das trifft lediglich für einen Teil der Verwaltungsfunktionen zu. Ein weiterer, in neuerer Zeit an Ausdehnung und Bedeutung immer stärker hervorgetretener Teil der Verwaltungstätigkeiten wendet sich nicht gegen Rechte der einzelnen. Hierhin sind in erster Linie die umfangreichen Veranstaltungen zu rechnen, die der Daseinsvorsorge dienen: Verkehrsunternehmen, Versorgungsbetriebe, Heilanstalten, Institutionen der Kulturpflege und dergleichen." Gegenüber dieser klaren Aussage überrascht es, wenn Forsthoff an anderer Stelle folgendes ausführt: Die moderne Daseinsgestaltung mache den einzelnen von den Leistungen, welche die Verwaltung erbringt und die für ihn lebenswichtig sind, schlechthin abhängig. Sie seien ihm ebenso wichtig wie Freiheit und Eigentum 4). Da nun aber diese Leistungen regelmässig in der Rechtsform der Anstalt dargeboten würden, im besonderen Gewaltverhältnis also, in dem das Leistungsverhältnis seine rechtliche Regelung lediglich in einer internen Verwaltungsvorschrift findet, die ausschliesslich dem Gestaltungswillen der Verwaltung anheimgegeben, nicht Rechtssatz sei, und infolgedessen nicht der richterlichen Nachprüfung unterliege, klappe hier insofern eine Lücke des Rechtsstaats, als der einzelne beim Ausschluss von Leistungen keinen genügen-

1) Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 27.

2) Menger, DÖV 1955, S. 591.

3) Menger, DÖV 1955, S. 592.

4) Forsthoff, Lehrbuch, S. 118.

den Rechtsschutz genieße 1). Es sei deshalb einerseits an der Zeit, sich von der öffentlichen Anstalt als einem Allerweltsbegriff zu trennen. Die Binnenfunktionen und die Aussenfunktionen der Verwaltung seien in diesem Zusammenhang zu unterscheiden: Die Binnenfunktionen, die nur bei echten Anstalten, bei einem nach aussen abgeschlossenen Bereich vorlägen, und die typischen Aussenfunktionen, wie die Darbringung von Leistungen an die Allgemeinheit. Bezüglich dieser Aussenfunktionen der Verwaltung könne man dann andererseits den Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung materiell nicht länger durch die Formel von Freiheit und Eigentum des einzelnen begrenzt sehen. Da die Vorenthaltung lebensnotwendiger Leistungen Interessen des einzelnen verletze, die nicht weniger schutzwürdig seien als die Beeinträchtigung von Freiheit und Eigentum, sei die Ausdehnung des Rechtssatzbegriffes auf diese Aussenfunktionen der Verwaltung geboten. Die insoweit ergehenden allgemeinen Vorschriften seien Rechtssätze und hätten somit den Charakter von Rechtsverordnungen 2).

Man könnte zunächst glauben, dass sich Forsthoff mit diesen Gedankengängen in Widerspruch zu der oben erwähnten klaren und unmissverständlichen eigenen Aussage setzt. Das ist jedoch nicht der Fall. Wenn hier Forsthoff den "Grundsatz der gesetzmässigen Verwaltung" auf einen Teil der Leistungsverwaltung ausgedehnt wissen will, meint er nur das Erfordernis des allgemeinen Rechtssatzes, nicht aber auch den Vorbehalt des Gesetzes für Einzelakte. Auch wenn die leistende Verwaltung in dem von Forsthoff geforderten Bereich an Vorschriften vom Charakter einer Rechtsverordnung gebunden wäre, ist damit nicht gesagt, dass ihr Gewährungen, die von diesen Rechtsverordnungen in keiner Weise berührt werden, verwehrt wären. Solange solche Leistungen nicht im Widerspruch mit den Rechtsverordnungen stehen, solange also nicht der Vorrang des Gesetzes zur Geltung kommt, liegt es in der Hand der Verwaltung, sie zu gewähren. Nur in diesem Sinne kann die von Forsthoff vertretene Ansicht interpretiert werden.

Schliesslich bekennt sich auch Herbert Krüger zu der Auffassung, die gewährende Verwaltung benötige für ihre Tätigkeit keiner Grundlage im Gesetz 3). Allerdings hegt er einige Zweifel, ob diese Auffassung noch dem Umfang entspricht, den die leistende Verwaltung heute gegenüber der eingreifenden einnimmt. Krüger weist ebenso wie Forsthoff auf die Bedeutung hin, die die staatliche Hilfe neuerdings

1) Forsthoff, Lehrbuch, S. 118. Vgl. auch die Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 24.10.1956, DVBl. 1957, S. 724 ff., in der Forsthoff darauf hinweist, dass die Voraussetzungen einer sinnvollen Berufung auf den Satz: *volenti non fit iniuria* mit der zunehmenden Abhängigkeit des einzelnen von den Leistungen des Staates nicht mehr gegeben seien (S. 725).

2) Forsthoff, Lehrbuch, S. 122 f.

3) Herb. Krüger, DVBl. 1955, S. 451.

für den Bürger hat und wirft dann folgendes in die Debatte: "Letztlich aber führt die Frage, ob auch die vorsorgende Tätigkeit der Verwaltung auf ein Gesetz muss zurückgeführt werden können, auf das Grundverständnis zurück, das man sich von dem Sein des Staates und seiner Tätigkeit zu bilden hat. Man kann sich den Staat vorstellen als eine Art von vitalem Organismus. Das Gesetz hat in diesem Falle die Aufgabe, einer vorgegebenen Lebenskraft Grenzen zu ziehen -, mit der Folge, dass da, wo eine solche Grenzziehung nicht erfolgt ist oder nicht in Betracht kommt, der Initiative des Gemeinwesens spezielle Schranken nicht gesetzt sind. Versteht man hingegen das Sein des Staates als ein künstliches, dann existiert er nur soweit Verfassung und Gesetz ihm Existenz verliehen haben, und dies bedeutet, dass jegliche Staatstätigkeit erst durch das Gesetz möglich wird, das sie erzeugt, belebt oder steuert."

Im Gegensatz zu den bisher genannten Stimmen wird auch vereinzelt mehr oder weniger deutlich die Forderung aufgestellt, neben der eingreifenden Verwaltung sei die leistende Verwaltung von der Ermächtigung in einem Gesetz abhängig.

So heisst es beispielsweise bei Maunz im "Deutschen Staatsrecht" 1): "Alle staatlichen Handlungen, seien es nun Akte der Gerichtsbarkeit oder des verwaltenden Handelns des Staates, müssen sich auf ein formelles Gesetz zurückführen lassen, also aufgrund eines formellen Gesetzes erfolgen. Insbesondere verstossen gegen diesen Grundsatz solche den einzelnen belastende Vollziehungsakte, bei denen rechtssatzmässige Bindungen überhaupt fehlen." Die besondere Herausstellung der Gesetzesabhängigkeit der belastenden Akte im zweiten der zitierten Sätze lässt allerdings eine gewisse Unsicherheit in bezug auf die vorangestellte, umfassende Behauptung erkennen. Man kann denn auch daran zweifeln, ob Maunz tatsächlich für die ausnahmslose Bindung der Verwaltung an das Gesetz in dem Sinne eintreten will, dass jedes Handeln einer gesetzlichen Grundlage bedürfe. An anderer Stelle weist er nämlich an Hand von Beispielen nach, dass es im Bereich der Verwaltung auch "gesetzesfreie Entscheidungen" gibt und damit eine "Verwaltung, die nicht in Gesetzesausführung besteht" 2).

Ähnlicher Formulierungen wie Maunz bedienen sich etwa Widtmann im Kommentar zur Bayerischen Gemeindeordnung 3) und Pfeiffer 4). Eindeutig hingegen

1) Maunz, Staatsrecht, S. 58; derselbe ebenso schon: Hauptprobleme des öffentlichen Sachenrechts, 1933, S. 235.

2) Maunz, Staatsrecht, S. 200.

3) Helmreich-Widtmann, Bayerische Gemeindeordnung, Anm. 1 vor Art. 56, S. 405.

4) Pfeiffer, Die Verfassungsbeschwerde in der Praxis, 1959, S. 173; vgl. die gegenteilige Ansicht von Kratzer in der Buchbesprechung hierzu, BVBl. 1959, S. 424.

spricht sich v. Turegg für den Grundsatz aus, dass keine Verwaltungsmassnahme, auch keine begünstigende, ohne gesetzliche Grundlage ergehen darf. Seiner Ansicht nach ist heute die allgemeine Gesetzmässigkeit der Verwaltung an die Stelle des früher auf Freiheit und Eigentum beschränkten Vorbehalts des Gesetzes getreten 1).

Im deutschen Rechtskreis wird, soweit ersichtlich, diese strenge Auffassung ausserdem noch von Jesch und Obermayer vertreten. Jesch bezeichnet es als falsch, "das Wesen der Verwaltung in der freien Tätigkeit innerhalb der Gesetze zu sehen. Denn ein Verwaltungsbeamter, eine Behörde können nur tätig werden, wenn und weil es ihnen die Rechtsordnung gestattet" 2). Er räumt allerdings ein, dass in dem Bereich, wo der Staat nicht für die Wahrung der inneren Ordnung zu sorgen hat, sondern wo von ihm verlangt wird, eine soziale Ordnung zu errichten, zum grössten Teil im Bereich der gewährenden Verwaltung also, gewisse Schwierigkeiten auftreten, die weitgehend dazu führen, dass der Gesetzgeber nur allgemeine Richtlinien aufstellen kann 3).

Ähnliches wird Obermayer vorgeschwebt haben, wenn er sagt, Verwaltungsakte bedürften einer Rechtsgrundlage, diese Rechtsgrundlage müsste aber nur für den Erlass bestimmter - er meint wohl: eingreifender - Verwaltungsakte eindeutige Tatbestandsvoraussetzungen aufweisen und auch Ermessensmassnahmen durch einen tatbestandlichen Rahmen binden 4). Obermayer betont aber ausdrücklich, dass etwa die haushaltsrechtliche Bereitstellung von Mitteln für Subventionsmassnahmen der gewährenden Verwaltung keine hinreichende Legitimation darstelle; denn es werde zwar der Gesamthaushaltsplan mit den Schlusszahlen der Einzelpläne von der formellen Gesetzeskraft erfasst, nicht aber würden dies die Einzelpläne mit den verschiedenen Ansätzen 5).

In Österreich ist die Auffassung, wonach Akte der leistungsgewährenden Verwaltung nur auf der Grundlage eines formellen Gesetzes vorgenommen werden dürfen, als herrschend zu bezeichnen; denn dort gibt es keine "gesetzesfreie Verwaltung" und es heisst seit Jahrzehnten: "Keine staatliche Tätigkeit ohne Gesetz" 6). Für die österreichische Rechtsschule besteht die Tätigkeit der Ver-

1) v. Turegg, Lehrbuch, S. 16 f.

2) Jesch, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, 1956, S. 111.

3) Jesch, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, S. 112; ebenso zweifelnd derselbe, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen, AöR Bd. 82, 1957, S. 246.

4) Obermayer, DÖV 1959, S. 857, Leitsatz III 2 a (1) aa.

5) Obermayer, DÖV 1959, S. 857, Leitsatz II 5 b (2) (b).

6) Winkler, Der Bescheid, Wien 1956, S. 36; Helfried Pfeifer, Diskussionsbeitrag in VVDStRL Heft 16, S. 260.

waltung nur in der Realisierung von Rechtssätzen 1); das Gesetz muss Grundlage für jede Handlung der Verwaltung sein 2). Diese strenge Abhängigkeit der Verwaltung von der Gesetzgebung kommt in Österreich allerdings nicht von ungefähr. Sie beruht vielmehr auf der verfassungsrechtlichen Verankerung, die sie in Art. 18 Abs. 1 des Bundesverfassungsgesetzes 3) gefunden hat: "Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden." Auf dieser Fundamentalnorm baut die österreichische Lehre auf.

In der Schweiz hat insbesondere Imboden dafür plädiert, hinsichtlich des Vorbehalts des Gesetzes die Unterscheidung zwischen "eingriffsverschärfenden" (eingreifenden) Hoheitsakten einerseits und den "eingriffsmildernden" (leistungsgewährenden) Anordnungen andererseits aufzugeben. Imboden hebt hervor, dem umfassenden und für jede Form der Verwaltung geltenden Prinzip vom Erfordernis der Gesetzesform, das sich aus dem Gewaltenteilungsprinzip herausgeschält habe, sei eine bloss einseitige Wirksamkeit beigelegt worden, als es auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum beschränkt wurde. Damit sei ihm der Charakter als allgemeines Ordnungsprinzip genommen worden 4). Von dieser Beschränkung müsse endgültig abgerückt werden. Was im heutigen sozialen Wirtschaftsstaat für die einen Vergünstigung und Gewährung bedeute, erweise sich für andere direkt oder indirekt, offen oder versteckt vielfach als Last. Im Grunde gehe es stets nur um ein Verteilungsproblem, um die Frage der Abwägung von Lasten und Vergünstigungen, von Leistungen des einzelnen an den Staat und von Leistungen des Staates an den einzelnen 5).

Der Ansicht Imbodens ist in der Schweiz noch Roos gefolgt: Die Formel "Eingriffe in Freiheit und Eigentum" könne im Zeitalter des Wohlfahrtsstaats und der staatlichen Daseinsvorsorge nicht mehr befriedigen; denn mittelbar werde die Eigensphäre des einzelnen in Mitleidenschaft gezogen, wenn der Staat eine weitere kulturelle, wirtschaftliche oder soziale Tätigkeit in den Bereich seiner **Wirksamkeit** zieht 6).

Neben der einen Gruppe von Autoren, die die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für die Leistungsverwaltung verneint, und der anderen, von der diese

-
- 1) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2. Aufl. 1923, S. 498 ff.;
Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien 1927, S. 157 ff.
 - 2) Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 103 f.
 - 3) Gesetz vom 1.10.1920 i.d.F. von 1929, BGBl. 1930, Nr. 1.
 - 4) Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 18.
 - 5) Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 41 f.
 - 6) Roos, Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, S. 130 unter Berufung auf Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29.5.1874, 3. Aufl. Bern 1931, S. 230.

Notwendigkeit bejaht wird, kann noch eine dritte Gruppe zusammengefasst werden. Eine Reihe von Autoren vertritt nämlich den Standpunkt, dass auch die leistende Verwaltung im heutigen Rechtsstaat zwar einer Legitimation bedürfe, dass diese Legitimation aber nicht unbedingt in den einfachen Gesetzen verankert sein müsse, sondern es auch genüge, wenn sie in der Verfassung zu finden sei. Auch nach dieser Auffassung wird für die Gewährung von Leistungen keine - zumindest abgeleitete - Ermächtigung in einem formellen einfachen Gesetz verlangt. Es bleibt also hier hinsichtlich des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes und damit hinsichtlich des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung gleichfalls bei der herkömmlichen Auffassung: Nur die Eingriffsverwaltung kann nicht ohne Auftrag des Gesetzgebers tätig werden. Dies muss ausdrücklich festgestellt werden; denn bei den in dieser Gruppe einzureihenden Autoren findet sich vielfach die nicht ganz korrekte Formulierung, dass mit der Forderung nach einer verfassungsrechtlichen Grundlage für die Leistungsverwaltung der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung im herkömmlichen Sinn - mit seiner besonderen Ausprägung hinsichtlich der Eingriffsverwaltung aufzugeben und auf die Leistungsverwaltung auszudehnen sei. Es wird also zu wenig sorgfältig zwischen dem Erfordernis der gesetzlichen und dem der verfassungsrechtlichen Grundlage unterschieden, und demgemäss zwischen der Gesetzmässigkeit und der Verfassungsmässigkeit der Verwaltung.

Zu den in dieser Gruppe zu nennenden Autoren gehört Bachof. Er hat als einer der ersten die Frage aufgeworfen und als kardinales Problem der Leistungsverwaltung bezeichnet, woher die Verwaltung überhaupt die Berechtigung zu Leistungen nimmt und welchen Masstab sie ihrer Verteilung zugrunde zu legen hat 1). Soweit eine spezialgesetzliche Grundlage nicht vorhanden ist - die haushaltsrechtliche Ermächtigung allein könne mangels hinreichender Detaillierung kaum als ausreichend erachtet werden - , glaubt er, "dass gerade hier die Staatszielbestimmungen der Rechtsstaatlichkeit und der Sozialstaatlichkeit fruchtbar gemacht werden können, indem sie als Ermächtigung, unter Umständen (und zwar vornehmlich in Verbindung mit anderen Verfassungsgrundsätzen wie dem Gleichheitssatz) auch als Verpflichtung, jedenfalls aber als masstäbliche Begrenzung erachtet werden." 2)

Ähnlich Bachof will Hamann die Sozialstaaterklärung des Grundgesetzes als Grundlage der Leistungsverwaltung gelten lassen. Hamann betont zwar stets, dass das Erfordernis der "Gesetzmässigkeit der Verwaltung" nicht nur im Bereich der Eingriffsverwaltung gelte, sondern auch für die gewährende Tätigkeit des Staates 3),

1) Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 62 f.

2) Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 63.

3) Hamann, Grundgesetz, Einf. I D 1 c, S. 27; derselbe, Deutsches Wirtschafts-verfassungsrecht, S. 41.

er fordert aber als gültige Rechtsgrundlage nicht unbedingt ein formelles Gesetz. So schreibt er zum Beispiel in seinem Kommentar zum Grundgesetz: "Für die gewährende Verwaltung ist übrigens die Konstruktion einer Nichtbindung an das Gesetz durchaus entbehrlich. Versteht man richtigerweise die Sozialstaatserklärung des Art. 20 Abs. 1 GG als Generalklausel für die gewährende, durch das Sozialstaatsprinzip erforderte Tätigkeit des Staates, die durch die Gesetzgebung konkretisiert werden kann, aber nicht muss, so ist auch insoweit das Erfordernis der Gesetzmässigkeit der Verwaltung gewahrt ..." 1)

Ipsen, der sich vor allem mit einem Teilgebiet der leistenden Verwaltung, den Subventionen auseinandergesetzt hat, erachtet für diese ebenfalls eine Rechtsgrundlage als notwendig. Zur Begründung führt er an, dass der Staat grundsätzlich nicht legitimiert sei, etwas zu verschenken 2). Freilich begnügt sich auch er mit einer verfassungsrechtlichen Grundlage und verweist gleichzeitig auf die möglichen Rechtsquellen für Subventionen im Grundgesetz 3) und im Landesverfassungsrecht 4). Mehr als Ipsen es getan hat, ist die hierbei von ihm gemachte Feststellung herauszuheben, dass einzelne Bestimmungen der Länderverfassungen neben Ermächtigungen, die sich auf die Gesetzgebung beziehen, auch solche enthalten, die unmittelbar die Verwaltung ansprechen. So heisst es beispielsweise in Art. 153 der Bayerischen Verfassung: "Die selbständigen Kleinbetriebe und Mittelstandsbetriebe in Landwirtschaft, Handwerk, Handel, Gewerbe und Industrie sind in der Gesetzgebung und Verwaltung zu fördern ..." 5) Ipsen unterscheidet aufgrund dieser oder ähnlicher Formulierungen in den Länderverfassungen zwischen Rechtsquellen legislativer und exekutiver Subventionierung und bezeichnet es als unzweifelhaft, dass solche Ermächtigungen, die sich ausdrücklich auf die Exekutive beziehen, eine unmittelbare Grundlage für Subventionierungen darstellen 6).

Schliesslich sind in dieser Gruppe noch Spanner, Stern und Reuss einzureihen.

Spanner und Stern weisen übereinstimmend darauf hin, dass alle Tätigkeit der Ver-

1) Hamann, Grundgesetz, Einf. I D 1 c, S. 27; für die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit vgl. auch Hamann, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 74 und NJW 1957, S. 1423 f.

2) Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 20, 33 = DVBl. 1956, S. 466, 498.

3) vgl. die oben S. 81f. angeführten Zuständigkeitsnormen der Art. 73 ff. GG.

4) Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 36 f. = DVBl. 1956, S. 499.

5) vgl. auch Art. 39, 40 BremVerf.; Art. 38, 43 HessVerf.; Art. 28 Nordrh.-WestfVerf.; Art. 65 Rheinl.-PfalzVerf.

6) Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 36 f. = DVBl. 1956, S. 499.

waltung im ganzen wie jedes einzelne Verwaltungshandeln in seiner Zulässigkeit durch die Existenz eines Rechtssatzes bedingt sei. Beide sprechen in diesem Zusammenhang vom Grundsatz der Rechtmässigkeit der Verwaltung 1).

Reuss ist gleichfalls der Auffassung, dass es eine eigentlich "freie" Verwaltung nicht gäbe. Die öffentliche Verwaltung schlechthin, also auch die gewährende Verwaltung trete nur kraft und nach Massgabe eines Amtsauftrags in Funktion, den ihr der Staat in seiner Verfassung und in seinen sonstigen Gesetzen erteilt 2). Dabei erkennt jedoch Reuss auch eine Verwaltungstätigkeit an, der es gegenüber der Verfassung an einem vermittelnden Gesetz fehlt, die also ausserhalb der Ausführung von Gesetzen liegt 3). Die leistende Verwaltung bedarf damit zwar keiner gesetzlichen, aber doch einer verfassungsrechtlichen Grundlage.

b. Die Rechtsauffassungen in der Rechtsprechung.

Im Gegensatz zur Literatur hat sich die Rechtsprechung mit der Frage, ob auch die Leistungsverwaltung an den Vorbehalt des Gesetzes gebunden ist, noch kaum befasst.

Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Beschluss vom 6.5.1958 4) erklärt, es könne zweifelhaft erscheinen, ob der Allgemeinvorbehalt des Gesetzes in der Form, dass ein Gesetz nur dort erforderlich ist, wo Eingriffe in Freiheit und Eigentum in Frage stehen, heute noch ausreichend ist. Diese Formulierung des Gesetzesvorbehalts beruhe auf der Staatsauffassung des liberalen Bürgertums, seitdem habe sich aber eine Hinwendung zu einer egalitären sozialstaatlichen Denkweise und damit eine wesentliche Veränderung der Auffassungen über die Stellung des einzelnen zu der im Staat verkörperten Gesamtheit vollzogen. Diese Wandlung könnte auch die Grenzen des Gesetzesvorbehalts verschoben und diesen Vorbehalt auf neue Bereiche ausgedehnt haben.

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem Beschluss nur zu entscheiden, ob für die Regelung des Verfahrens und der Zuständigkeit der Verwaltungsbehörden im Bereich der leistungsgewährenden Verwaltung der Gesetzesvorbehalt Geltung beanspruche; das Gericht fährt deshalb im Anschluss an die oben wiedergegebenen Ausführungen fort:

-
- 1) Spanner, Organisationsgewalt und Organisationsrecht, DÖV 1957, S. 641; Stern, Zur Grundlegung einer Lehre des öffentlich-rechtlichen Vertrages, VerWA Bd. 49, 1958, S. 140.
 - 2) Reuss, Freiheit und Bindung der Verwaltung im Rechtsstaat, DVBl. 1959, S. 533 f.
 - 3) Reuss, DVBl. 1959, S. 534.
 - 4) BVerfGE 8, S. 155 ff. = NJW 1959, S. 235.

"Selbst wenn man eine Ausdehnung annimmt, gilt jedenfalls auch heute kein Gesetzesvorbehalt für die Zuständigkeiten und das Verfahren der leistungsgewährenden Verwaltung.

Dieses Gebiet liegt besonders weit von dem Bereich der Eingriffe in Freiheit und Eigentum entfernt. Erwägungen, die den Gesetzesvorbehalt für die Eingriffsverwaltung begründen, können also nicht herangezogen werden." 1)

Den beiden zitierten Sätzen der Entscheidung kann man unseres Erachtens nicht entnehmen, dass das Bundesverfassungsgericht der Auffassung sei, für die leistungsgewährende Verwaltung schlechthin gelte der Gesetzesvorbehalt nicht. Diese von Fritz Werner vorgetragene Ansicht 2) übersieht, dass sich die beiden ersten Worte des zweiten der hier wiedergegebenen Sätze ("Dieses Gebiet") nicht nur auf die Worte "leistungsgewährende Verwaltung", sondern auf das gesamte Objekt des vorhergehenden Satzes, also auf "die Zuständigkeiten und das Verfahren der leistungsgewährenden Verwaltung" beziehen. Das Bundesverfassungsgericht hat also die Erforderlichkeit des Gesetzes nur für die Regelung der Zuständigkeit und des Verfahrens der Leistungsverwaltung verneint, dagegen offen gelassen, ob auch im materiellen Bereich der Leistungsverwaltung ein Tätigwerden nur aufgrund eines formellen Gesetzes möglich ist.

Das Bundesverwaltungsgericht hatte Gelegenheit, in zwei Entscheidungen zur Frage der Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage für Subventionen Stellung zu nehmen. Ausgehend von den heutigen Tatsachen der veränderten Realität des modernen Staates und der Vielfalt der Gesetze, die nicht Eingriffe, sondern Leistungen des Staates zum Gegenstand haben, und weiter ausgehend von dem bereits in der Literatur 3) herausgearbeiteten Gesichtspunkt, dass der Staat kein Recht zu Geschenken habe, betonte der siebte Senat des Bundesverwaltungsgerichts zunächst in einem Urteil vom 21.3.1958 4), diese Umstände nötigten nicht zu der Folgerung, dass eine an Recht und Gesetz gebundene Verwaltung im Sinne des Art. 20 Abs. 3 GG für geldliche Zuwendungen an Private unter allen Umständen der gesetzlichen Grundlage bedürfe. Neben dem förmlichen Gesetz könne man auch jede andere parlamentarische Willensäußerung, insbesondere etwa die etatismässige Bereitstellung der zur Subventionierung erforderlichen Mittel, als eine hinreichende Legitimation verwaltungsmässigen Handelns ansehen. Die Weite einer solchen Ermächtigung könne angesichts der durch das Haushaltsrecht gebotenen Kontrollen ihre Rechtsstaatlichkeit nicht in Frage stellen, sie werde überdies

1) BVerfGE 8, S. 155/167.

2) Werner, DVBl. 1959, S. 530.

3) Ipsen, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 20, 33 = DVBl. 1956, S. 466, 498; Köttgen, DVBl. 1953, S. 487.

4) BVerwGE 6, S. 282 = NJW 1958, S. 1153 = DVBl. 1959, S. 138.

regelmässig in der Zielsetzung der damit verfolgten öffentlichen Aufgabe ihre Begrenzung finden. Es könne ferner nicht zweifelhaft sein, dass auch dort, wo die Gewährung von Vergünstigungen nicht durch Gesetz oder Rechtsverordnung, sondern nur durch Verwaltungsvorschriften geregelt worden ist, ein subjektives öffentliches Recht darauf durch einen begünstigenden Verwaltungsakt der Behörde begründet werden kann.

In einem weiteren Urteil vom 19.12.1958 1) bekräftigte der siebte Senat des Bundesverwaltungsgerichts diese seine Ansicht. Er geht dabei unter Berufung auf das Urteil vom 21.3.1958 ohne weiteres davon aus, dass es zur Begründung eines Subventionsanspruchs grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage nicht bedürfe 2). Er tritt also endgültig der Auffassung bei, dass das Fehlen eines förmlichen Gesetzes oder eines besonderen Parlamentsbeschlusses als Ermächtigung für Subventionsmassnahmen der Exekutive den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit nicht verletze.

Soweit ersichtlich, hatte der Bundesgerichtshof noch keine Gelegenheit, sich zur Frage der eventuellen Ausdehnung des Vorbehalts des Gesetzes auf die Leistungsverwaltung zu äussern. Wenn sich Hamann verschiedentlich 3) für seine Auffassung von der Notwendigkeit der Legitimation aller staatlichen Tätigkeit auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28.2.1956 4) beruft, so dürfte dies zu weit gehen. In diesem Urteil sind Handlungen einer öffentlichrechtlichen Körperschaft für unwirksam erklärt worden, die ausserhalb des Funktionsbereichs der Körperschaft lagen. Dies geschah jedoch lediglich deshalb, weil die zur Debatte stehenden Handlungen in der Satzung der Körperschaft ausdrücklich untersagt waren. Damit wurde die Unwirksamkeit wegen Überschreitung der durch die Satzung gesetzten Schranken festgestellt, nicht aber wegen fehlender Ermächtigung. Selbst wenn man aber annimmt, der Bundesgerichtshof habe ganz allgemein zum Ausdruck bringen wollen, dass öffentlichrechtliche Körperschaften nur innerhalb ihres durch Gesetz oder Satzung bestimmten Funktionsbereichs rechtsgültig handeln können - eine Ansicht, die wohl keine ungeteilte Zustimmung verdienen würde 5) -,

1) BVerwG, NJW 1959, S. 1098 = MDR 1959, S. 602 = DVBl. 1959, S. 573 = DÖV 1959, S. 706.

2) Das ist allerdings deswegen bedenklich, weil der Senat in seinem Urteil vom 21.3.1958 zu der strittigen Frage ausdrücklich nicht abschliessend Stellung genommen hat.

3) Hamann, NJW 1957, S. 1423 mit Fussn. 9; derselbe, Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, S. 41.

4) BGHZ 20, S. 119 ff. = NJW 1956, S. 746 = DÖV 1956, S. 310 = BB 1956, S. 351.

5) ablehnend auch Fuss, Die Überschreitung des Wirkungskreises juristischer Personen des öffentlichen Rechts, DÖV 1956, S. 566 ff.

so folgt daraus noch nicht, dass auch jede staatliche Tätigkeit unrechtmässig ist, die nicht durch ein Gesetz gedeckt ist 1).

Ebensowenig kann etwa der Beschluss des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs vom 15.3.1951 2) für die Auffassung von der Verwaltung als blosser Vollzieherin der Gesetze herangezogen werden 3). Es heisst zwar dort: "Den Gemeinden steht im Bereich ihres eigenen wie des übertragenen Wirkungskreises die Befugnis zum Erlass obrigkeitlicher Verwaltungsakte, die sich an bestimmte Personen richten, zu. Eine Gemeinde kann aber nicht etwa jedwede Anordnung dieser Art erlassen, die sie im Rahmen ihres weitgespannten Aufgabenbereichs für notwendig und zweckmässig erachtet. Ein solcher Schluss von der Aufgabe auf die Befugnisse, vom Zweck auf die Mittel wäre mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar. Die Gemeinde muss sich vielmehr in jedem Einzelfalle auf eine konkrete Bestimmung des geltenden Rechts stützen können (Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung)." Diese Ausführungen des Verwaltungsgerichtshofs sind aber im Zusammenhang mit der Überprüfung der Rechtswirksamkeit eines Verwaltungsakts gemacht, der einen Eingriff zum Gegenstand hatte. Es müssen deshalb Zweifel erhoben werden, ob sich der Verwaltungsgerichtshof der Tragweite seiner Sätze, die sich dem Wortlaut nach auch auf die Leistungsverwaltung erstrecken, bei ihrer Formulierung bewusst war, oder ob er nicht vielmehr nur für die Eingriffsverwaltung die Forderung nach einer unbedingten Abhängigkeit aller Einzelakte der Verwaltung von Rechtsnormen aussprechen wollte 4).

Lehre und Rechtsprechung zusammenfassend kann man feststellen, dass hinsichtlich der Erforderlichkeit einer gesetzlichen Grundlage für Einzelakte der leistenden Verwaltung jedenfalls keine einheitliche Auffassung besteht. Es ist deshalb ausgeschlossen, den Vorbehalt des Gesetzes für die leistende Verwaltung in derselben Weise als eingeführt zu betrachten wie in den siebziger Jahren des vorigen Jahrhunderts für die Eingriffsverwaltung, nämlich aufgrund allgemeiner, durch den Rechtsstaatsgedanken veranlasster Anerkennung 5).

Man wird aber, wenn auch nicht gerade als herrschende, so doch als überwiegende Meinung ansehen dürfen, dass das Rechtsstaatsprinzip für Akte der leistenden

1) ebenso Torz, DÖV 1958, S. 208, Fussn. 48; vgl. auch Forsthoff, Lehrbuch, S. 422 f.

2) bayVGH n.F. 4, S. 19 ff. = VerwRspr. 3, S. 597 ff. = DÖV 1952, S. 313.

3) so allerdings Winkler, Der Bescheid, S. 37, Fussn. 13; Rasch, Die Behörde, VerwA Bd. 50, S. 4, Fussn. 12.

4) unter Zugrundelegung dieser Auslegung wird die Entscheidung des VGH von Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 27, Fussn. 12, zitiert.

5) vgl. oben S. 17.

Verwaltung keine gesetzliche Grundlage fordert. Zu einer solchen Behauptung ist man nicht zuletzt deswegen berechtigt, weil in diesem Zusammenhang die abweichende Auffassung der österreichischen Autoren auszuschneiden hat, die sich in erster Linie auf die ausdrückliche positivrechtliche Verfassungsbestimmung des Art. 18 Abs. 1 des österreichischen Bundesverfassungsgesetzes gründet 1).

II. Keine allgemeine Geltung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes in der Leistungsverwaltung.

Es stellt sich nunmehr die Aufgabe zu prüfen, ob die hier als überwiegend bezeichnete Auffassung, wonach das Rechtsstaatsprinzip für Leistungen der Verwaltung keine gesetzliche Grundlage verlangt, auch tatsächlich den Anforderungen genügt, die heute an einen Rechtsstaat zu stellen sind.

1. Keine Festlegung durch die historische Entwicklung.

Es wurde bereits herausgestellt 2), dass die historische Entwicklung, insbesondere die des Rechtsstaatsbegriffs, für die Entscheidung der Frage, ob die Leistungsverwaltung einer gesetzlichen Grundlage bedarf, nicht unmittelbar herangezogen werden kann. Hier muss lediglich noch der Ansicht Imbodens entgegengetreten werden, nach welcher im Laufe der Entwicklung ein aus der Gewaltenteilungslehre abgeleitetes umfassendes Ordnungsprinzip vom allgemeinen Erfordernis der Gesetzesform zu Unrecht auf Eingriffe in Freiheit und Eigentum beschränkt worden sei, weshalb heute von dieser Beschränkung wieder abzugehen und der Vorbehalt des Gesetzes für jede Verwaltungstätigkeit anzuerkennen sei 3). Diese Auffassung Imbodens entspricht nicht der geschichtlichen Entwicklung, jedenfalls nicht der Entwicklung in Deutschland. Der Einführung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes für Eingriffe in Freiheit und Eigentum ging in Deutschland eine Periode voraus, in der zwar das Prinzip vom Vorrang des Gesetzes allgemein galt, ein Vorbehalt des Gesetzes aber höchstens in Einzelbestimmungen der Verfassungen festgelegt war 4). Von einem umfassenden Ordnungsprinzip konnte nicht die Rede sein. Es wurde nicht einem umfassenden Prinzip eine einseitige Wirksamkeit beigelegt, als der Vorbehalt des Gesetzes für Eingriffe in Freiheit und Eigentum gefordert wurde, sondern der Vorbehalt des Gesetzes war von vornherein nur auf die Freiheits- und Eigentumssphäre beschränkt. Auch wenn man annimmt, die Gewaltenteilungslehre Montesquieus lasse eine Verwaltung nur als Vollzieherin der

1) vgl. oben S. 91 f.

2) vgl. oben S. 86.

3) Imboden, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, S. 17 ff.; vgl. auch oben S. 92.

4) s. oben S. 6 ff.

Gesetze zu und habe deshalb das allumfassende Erfordernis des Gesetzes zum Inhalt, kann nicht behauptet werden, das Erfordernis des Gesetzes sei in Deutschland ein allgemein anerkanntes Prinzip gewesen. Die Gewaltenteilungslehre galt nämlich im Deutschland des 19. Jahrhunderts ebensowenig wie heute in einer solch strengen Form. Für die jeweilige Wirkung der Gewaltenteilungslehre kommt es nicht entscheidend darauf an, was etwa Montesquieu gedacht und niedergeschrieben hat, sondern allein darauf, was die jeweilige Zeit als Vermächtnis Montesquieus - mag es auch missverstanden sein - übernommen hat 1).

Deshalb widerspricht die Gewaltenteilungslehre, die Teil des Rechtsstaatsprinzips ist, heute auch nicht einer Auffassung, die eine gesetzliche Grundlage für Leistungen der Verwaltung für entbehrlich hält. Der Sinn der Gewaltenteilung liegt heute nicht darin, "dass die Funktionen der Staatsgewalt scharf getrennt werden, sondern dass die Organe der Legislative, Exekutive und Justiz sich gegenseitig kontrollieren und begrenzen, damit die Staatsmacht gemässigt und die Freiheit des einzelnen geschützt wird" 2). Das schliesst nicht aus, dass die Exekutive, soweit sie nicht in Eigentum oder Freiheit des einzelnen eingreift, ohne Auftrag der Legislative tätig werden darf; denn sie bleibt immer der Kontrolle durch die Justiz unterworfen. Auch John Locke hat trotz der scharfen Trennung zwischen gesetzgebender und vollziehender Gewalt dem König als dem Träger der vollziehenden Gewalt ein freies, vom gesetzgebenden Parlament nicht beherrschtes Betätigungsfeld, die Prärogative belassen 3). Es wäre falsch zu behaupten, dass die Verwaltung, wenn sie Einzelentscheidungen auf einem Gebiet trifft, für das der Vorbehalt des Gesetzes nicht gilt, in den Bereich des Gesetzgebers eingreift und vielleicht an dessen Stelle entscheidet. Nur dann, wenn der Vorbehalt des Gesetzes bereits besteht - wie bei der Eingriffsverwaltung - und der Gesetzgeber keine gesetzliche Regelung bereit hält oder nur eine unzureichende, in der die Vollmachten der Exekutive nicht hinreichend bestimmt sind, und wenn trotzdem die Verwaltung auf solcher Grundlage eine - notwendigerweise bloss ihrem eigenen Ermessen entsprechende - Entscheidung fällt, nur dann entscheidet sie an Stelle des Gesetzgebers und verletzt den Gewaltenteilungsgrundsatz 4); denn nur in die-

1) Peters, Die Gewaltentrennung in moderner Sicht, S. 9.

2) BVerfGE 9, S. 268/279; BVerfGE 7, S. 183/188; BVerfGE 3, S. 225/247; BVerwG, DVBl. 1959, S. 285; BFH, NJW 1960, S. 312; ebenso: Maunz, Staatsrecht, S. 57 f.; Giese, Grundgesetz, Anm. 3 zu Art. 20, S. 47; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Anm. V 5 b zu Art. 20, S. 598 f.; Friesenhahn, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2, S. 244.

3) vgl. oben S. 5 f.

4) vgl. BVerfGE 8, S. 274/325 = NJW 1959, S. 475 = MDR 1959, S. 183 = DVBl. 1959, S. 171 = BVBl. 1959, S. 87; BVerwGE 2, S. 114/116; BayVerfGH, bayVG n.F. 4 II 181/191.

sem Fall verlangt die Gewaltenteilungslehre ein Handeln nach den Richtlinien des Gesetzgebers.

2. Ausreichen der allgemeinen Bindungen der Leistungsverwaltung.

Rechtsstaatlichkeit bedeutet neben der Trennung der Gewalten vor allem Ersetzung von Freiheit durch Bindung 1), für die Verwaltung speziell eine möglichst enge Bindung durch Rechtssätze und zwar im vollen Umfang ihres Vorgehens 2). Es ist nicht zu leugnen, dass sich das Bonner Grundgesetz zu einer gegenüber früher strengeren Rechtsstaatlichkeit bekennt 3). Dafür sprechen insbesondere das "formelle Grundrecht" des Art. 19 Abs. 4, die Verankerung des Gewaltenteilungsprinzips in Art. 20 Abs. 2 und die starke Bindung der Verwaltung bei der Rechtsetzung nach den Art. 80 und 129. Trotz dieses Bekenntnisses zu einer strengeren Rechtsstaatlichkeit wird man aber im Staat der Bundesrepublik auch eine nichtgesetzesakzessorische Verwaltungstätigkeit für zulässig erachten müssen, also eine Verwaltungstätigkeit, die keiner ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung bedarf; denn auch eine solche Tätigkeit ist nicht absolut frei, sondern rechtsgebunden, und zwar in einem Masse, dass auch einer strengen Rechtsstaatlichkeit Genüge getan ist. Welcher Art diese Bindungen sind, davon soll im folgenden die Rede sein.

Zuvor muss jedoch, da die Frage von Herbert Krüger aufgeworfen ist 4), noch geklärt werden, ob der Staat überhaupt in der Lage ist, ohne gesetzlichen Auftrag rechtlich wirksam zu handeln. Die Grundfrage, wie man sich den Staat vorzustellen hat, ob als eine Art von vitalem Organismus oder als künstliches Gebilde, beantwortet sich mit der klassischen Schule dahin, dass der Staat eine juristische Person, eine Verbandseinheit, eine Gebietskörperschaft ist 5), also ein künstliches

1) Krüger, DVBl. 1955, S. 522.

2) vgl. Friesenhahn, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2, S. 252; Ule, Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge, S. 156 f.

3) Maunz in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 80, Randnr. 19, S. 10, unter Berufung auf BVerfGE 1, S. 60 (Fussn. 3); Ule, Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge, S. 157, 162.

4) vgl. oben S. 89 f.

5) v. Gerber, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 3. Aufl. 1880, S. 19 ff., 217 ff.; G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, Neudruck 1959, S. 174 ff.; derselbe, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1905, S. 28 ff.; Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches, 5. Aufl., Bd. 1, S. 94 f.; Anschütz, Grundzüge des Deutschen Staatsrechts, 1903, S. 457 f.; Heller, Staatslehre, 1934, S. 236; Koellreutter, Staatslehre im Umriss, 1955, S. 18; vgl. zur Übersicht auch Nawiasky, Allgemeine Staatslehre, Teil 1 (Grundlegung), 1945.

Gebilde. Daraus folgt zwar, dass jeder Willensakt des Staates rechtlich begründet sein muss 1), es folgt daraus aber entgegen Krüger unseres Erachtens nicht, "dass jegliche Staatstätigkeit erst durch das Gesetz möglich wird, das sie erzeugt, belebt oder steuert" 2). Bereits die Verfassung eines Staates verteilt nämlich die Aufgaben und Befugnisse und ordnet die Zuständigkeiten unter den Organen des Staates. Die Verfassung allein ist Berechtigung genug für das künstliche Gebilde Staat, seine Tätigkeiten zu entfalten; eines einfachen Gesetzes bedarf es hierzu nicht. Dies wird sofort klar, wenn man bedenkt, dass andernfalls der Gesetzgeber eines Staates selbst nie in Aktion treten könnte, da ohne seine Tätigkeit der Erlass jedes einfachen Gesetzes ausgeschlossen wäre. Von dieser Seite her bestehen damit für unsere Auffassung keine Bedenken.

a. Die Bindung durch den Vorrang des Gesetzes.

Eine starke rechtsstaatliche Bindung der Verwaltung ist gewährleistet durch die verfassungsmässige Verankerung des Prinzips vom Vorrang des Gesetzes in Art. 20 Abs. 3 GG: Die vollziehende Gewalt ist an das Gesetz gebunden. Da nämlich dieser Satz auch auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung gilt 3), und da es dem zuständigen Gesetzgeber jederzeit freisteht, Komplexe der leistenden Verwaltung gesetzlich zu regeln - ein Recht, von dem heute bereits weitgehend Gebrauch gemacht worden ist; nur beispielhaft seien erwähnt die grossen Gebiete der Sozialversicherung und der staatlichen Fürsorge 4) -, da weiter der Gesetzgeber somit aufgrund der Wirkung des Instituts vom Vorrang des Gesetzes durch jedes neue Gesetz die Eigeninitiative der Verwaltung um ein weiteres Stück einschränken kann, liegt es in seiner Macht, jegliche Leistung der öffentlichen Hand von seinem Willen abhängig zu machen. Es bedarf hierzu nur entsprechend ins einzelne gehender gesetzlicher Regelungen, die jedes Ermessen der Verwaltungsbehörden ausschliessen. Freilich ist eine solche Reglementierung durch den Gesetzgeber im Interesse einer beweglichen, auf die Verschiedenheit der Einzelfälle abstellbaren Verwaltungsführung nicht wünschenswert. Die blossе Tatsache ihrer Möglichkeit zeigt aber, dass auch allein mit dem Prinzip vom Vorrang des Gesetzes, also ohne dass

1) Herrmann, Grundlehren des Verwaltungsrechts, 1921, S. 28, Anm. 11.

2) Krüger, DVBl. 1955, S. 451; vgl. auch Reuss, DVBl. 1959, S. 533 f.

3) vgl. oben S. 74 ff.

4) weitere Beispiele: Gesetz über die Kreditanstalt für Wiederaufbau i. d. F. vom 22.1.1952, BGBl. I S. 65; Gesetz über Darlehen zum Bau und Erwerb von Handelsschiffen vom 27.9.1950, BGBl. S. 684; Gesetz zur Förderung des Bergarbeiterwohnungsbaus im Kohlenbergbau vom 30.11.1954, BGBl. I S. 359; Gesetz zur Förderung der deutschen Eierwirtschaft vom 31.3.1956, BGBl. I S. 239; Wohnungsbau- und Familienheimgesetz vom 27.6.1956, BGBl. I S. 523.

es des Vorbehalts des Gesetzes bedürfte, eine absolute Bindung der Verwaltung durch den Gesetzgeber herbeigeführt werden könnte.

Der Vorrang des Gesetzes gebietet auf dem Sektor der Leistungsverwaltung insbesondere auch die Beachtung der Haushaltsgesetze und -satzungen, sowie der ihnen zugehörigen Haushaltspläne 1). Im Gegensatz zu den Haushaltsplänen enthalten die jährlichen Haushaltsgesetze und -satzungen jeweils nur einen Gesamtplan mit den Endsummen der Einzelpläne. Nur diese Gesamtpläne werden somit von der Gesetzes- oder Satzungskraft erfasst. Es ist deshalb zuzugeben, dass die etatmäßige Bereitstellung der für die einzelnen Leistungen erforderlichen Mittel dann, wenn man für alle Leistungen der Verwaltung eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage forderte, keine genügende Legitimation in diesem Sinne darstellen würde 2). Die Einzelpläne, in denen die jeweiligen Ausgaben ausgewiesen sind, zu denen die Exekutive ermächtigt wird, können nicht als Bestandteil der von den Parlamenten beschlossenen förmlichen Gesetze angesehen werden.

Verlangt man jedoch für die Leistungsverwaltung nicht die Unterstellung unter den Vorbehalt des Gesetzes, so kann man, wenn überhaupt eine spezielle - allerdings nicht gesetzliche - Ermächtigung für notwendig gehalten wird, in der Bereitstellung der erforderlichen Mittel durch den Haushaltsplan eine hinreichende Legitimation für das Handeln der Verwaltung sehen. Es genügt dann neben dem formellen Gesetz auch jede andere parlamentarische Willensäußerung 3). Auf jeden Fall aber führt bei der Gewährung finanzieller Leistungen die Notwendigkeit der Beachtung des Haushaltsplans, auch wenn dieser nicht Gesetzescharakter hat, zu einer wirksamen Bindung der Exekutive durch die Legislative; denn das Parlament ist berechtigt, an dem von der Exekutive vorgelegten Haushaltsplan Änderungen an allen Einzelheiten, bei jedem Titel und hinsichtlich jeder Zweckbestimmung vorzunehmen. Das Recht zum Streichen und Kürzen vorgesehener, und zum Einsetzen neuer Ausgaben verschafft dem Parlament das letzte Wort über die Verteilung der Haushaltsmittel. Die Exekutive ist hieran gebunden; sie hat den Haushaltsplan so zu vollziehen, wie es dem Budgetwillen des Parlaments entspricht.

1) § 25 Satz 1 RHO; vgl. auch Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 56, und Becker, VVDStRL Heft 14, S. 102.

2) so Obermayer, DÖV 1959, S. 857, Leitsatz II 5 b (2) (b) - vgl. oben S. 91 f. -; Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 63; Herb. Krüger, DVBl. 1955, S. 451, Fussn. 4.

3) so für den Bereich der Subventionen BVerwGE 6, S. 282 = NJW 1958, S. 1153 = DVBl. 1959, S. 138 - vgl. oben S. 96 - .

b. Die Bindung an die anerkannten Rechtsgrundsätze des Verwaltungshandelns.

Eine weitere Schranke findet die Leistungsverwaltung an den anerkannten Rechtsgrundsätzen des Verwaltungshandelns 1). Sie stellen sich als "Recht" im Sinne des Art. 20 Abs. 3 Halbsatz 2 GG dar, an das die Exekutive schlechthin gebunden ist.

In erster Linie unterliegt deshalb auch die leistende Verwaltung dem Gebot, ihre Entscheidungen nur aufgrund sachlicher Erwägungen zu treffen 2). Handlungen der Behörden, die sachfremden, insbesondere persönlichen Motiven entspringen, sind rechtswidrig. Leistungen und Gewährungen der Träger öffentlicher Verwaltung müssen demgemäss zweckgebunden sein, und zwar gebunden an die Zwecke der staatlichen oder örtlichen Gemeinschaft, sie müssen öffentlichen Zwecken dienen. Die Leistungsverwaltung muss, um sachgerecht zu handeln, am öffentlichen Interesse und am Gemeinwohl orientiert sein.

Bei konsequenter Beachtung des Gebots der sachlichen Erwägungen ist zugleich ein Verstoß gegen den Grundsatz ausgeschlossen, der dem Staat und den Gemeinden das Recht zur Verteilung von Geschenken verbietet 3). Wenn nämlich die Verwaltung ihre Leistungen nur aufgrund sachlicher Erwägungen, also im öffentlichen Interesse erbringt, kann es sich nicht mehr um Gewährungen ohne Gegenleistung handeln, da den Leistungen jeweils die Befriedigung öffentlicher Interessen, wenn nicht gar die Erfüllung eigener öffentlicher Pflichten gegenübersteht.

Auch dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Zweck und Mittel ist die Leistungsverwaltung unterworfen. Ursprünglich nur im Polizeirecht anerkannt, ist dieser Grundsatz heute ein Maxime des gesamten Verwaltungsrechts geworden und als Bestandteil des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit anzusehen 4). Nach ihm muss bei jeder Massnahme der Verwaltung das gewählte Mittel in einem vernünftigen Verhältnis zu dem angestrebten Zweck stehen. Auch hier erweist sich das öffentliche Interesse als Schranke aller Verwaltungstätigkeit; denn regelmässig ist jedes Mehr an Mitteln als zur Zweckerreichung gerade erforderlich, vom öffentlichen Interesse nicht mehr gedeckt und somit rechtswidrig 5).

1) Ipsen, Diskussionsbeitrag in VVDStRL Heft 11, S. 130.

2) Becker, VVDStRL Heft 14, S. 102; derselbe, Die Einnahmerei 1956, S. 215.
Vgl. auch Art. 56 Abs. 1 Satz 2 Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25.1.1952, BayBS I S. 461.

3) vgl. oben S. 94, 96. Bezüglich des Gemeindevermögens s. auch Art. 12 Abs. 2 Satz 2 BayVerf. und Art. 61 Abs. 3 Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25.1.1952.

4) bayVGh n.F. 1, S. 32/34 und 120/125; BVerfGE 3, S. 383/399; BVerfGE 7, S. 377/407; BVerfGE 8, S. 71/80.

5) Dürig, JZ 1953, S. 199.

Abgesehen von der Anwendung der Rechtssätze, die in ihrer Gesamtheit den sogenannten allgemeinen Teil des Rechts bilden, wie etwa des Grundsatzes von Treu und Glauben oder des Verbots der Sittenwidrigkeit 1), ist die Leistungsverwaltung schliesslich auch an die Zuständigkeitsordnung gebunden 2). Diese kann sich aus der Verfassung, aus den Gesetzen und aus allgemeinen Verwaltungsanweisungen ergeben. Ein formelles Gesetz oder eine von einem solchen abgeleitete Rechtsverordnung ist für die Regelung der Zuständigkeiten im Bereich der leistungsgewährenden Verwaltung nicht erforderlich. Die Zuweisung von Zuständigkeiten gehört neben der Errichtung von Behörden zur Organisationsgewalt. Für Akte der Organisationsgewalt wird aber herkömmlich eine besondere gesetzliche Grundlage in der Regel 3) nicht gefordert 4). Bedenken hiergegen könnten nur dort auftauchen, wo organisatorische Akte sich als Eingriffe in Freiheit oder Eigentum des Bürgers darstellen und deshalb dem Allgemeinvorbehalt des Gesetzes zu unterstellen wären 5). Solche Bedenken sind aber nur berechtigt, wenn den Behörden Zuständigkeiten auf dem Gebiet der Eingriffsverwaltung zugewiesen werden, nicht jedoch bei der Regelung von Zuständigkeiten im Bereich der Leistungsverwaltung 6). Hierbei wird der Rechtskreis der Staatsbürger in keiner Weise berührt 7).

Einzugehen ist im Zusammenhang mit der Bindung an die Zuständigkeitsordnung noch auf die verfassungsrechtliche Frage, inwieweit es nach dem Bonner Grundgesetz dem Bund im Verhältnis zu den Ländern gestattet sein kann, auf Gebieten, die weder materiell noch organisatorisch gesetzlich geregelt sind, sich während zu betätigen; mit anderen Worten, ob es für den Bund überhaupt eine "gesetzesfreie" Tätigkeit geben kann. Geht man davon aus, dass das Grundgesetz eine ausserhalb des Gesetzesvollzugs liegende Verwaltung an sich zulässt, so ist trotz der Überschrift des Abschnitts VIII ("Die Ausführung der Bundesgesetze und die Bundesverwaltung") den Artikeln dieses Abschnitts für die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern hinsichtlich der gesetzesfreien Verwaltung unmittelbar nichts zu entnehmen, da die eine Abgrenzung vornehmenden Art. 83 bis 86 GG

1) vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 154 ff.

2) Becker, VVDStRL Heft 14, S. 102.

3) Eine Ausnahme findet sich beispielsweise in Art. 70 Abs. 1 BayVerf.

4) vgl. bayVG n.F. 5, S. 224 ff.; OVG Hamburg, VerwRspr. 10, S. 32, und die dort angeführte Literatur. Ausserdem Köttgen, Die Organisationsgewalt, VVDStRL Heft 16, 1958, S. 154 ff., insbesondere S. 169 ff.; Stern, Vertragliche Grenzen der Organisationsgewalt?, BVBl. 1960, S. 181 ff.

5) vgl. BayVG, BVBl. 1956, S. 121.

6) BVerfGE 8, S. 155 = NJW 1959, S. 235.

7) a.A. Obermayer, Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, S. 116; derselbe, DVBl. 1959, S. 354 ff.; Hamann, Die Bindung der staatlichen Organisationsgewalt an die Gesetzgebung, NJW 1956, S. 1 ff.; Spanner, DÖV 1957, S. 640.

nur von der Ausführung der Bundesgesetze sprechen. Verfehlt wäre es, wollte man nun dem Bund überall dort das Recht zu Gewährungen einräumen, wo ihm nach dem Grundgesetz ein Gesetzgebungsrecht zusteht; denn ein solches Recht zu Gewährungen hat er nach dem Grundsatz des Art. 83 GG nicht einmal stets dann, wenn er aufgrund seines Gesetzgebungsrechts ein entsprechendes Gesetz erlassen hat und sich die Gewährungen als Ausführung dieses Gesetzes erweisen. Um so weniger lässt sich unmittelbar den Art. 83 ff. GG für die Gebiete etwas entnehmen, auf denen dem Bund das Gesetzgebungsrecht fehlt. Man wird vielmehr den Willen des Grundgesetzes dahin auslegen müssen, dass die Zuständigkeitsverteilung zwischen Bund und Ländern bezüglich der gesetzessfreien Tätigkeit der Verwaltung in gleicher Weise vorgenommen sein soll wie die für die Ausführung von Gesetzen getroffene Regelung 1). Dies ergibt sich aus Art. 30 GG, dem der Art. 83 GG in der Kompetenzverteilung entspricht und wonach die Ausübung der staatlichen Befugnisse und die Erfüllung der staatlichen Aufgaben Sache der Länder ist, soweit das Grundgesetz keine andere Regelung trifft oder zulässt. Gewährungen des Bundes, die nicht auf gesetzlicher Grundlage beruhen, kann es also nur auf den Gebieten geben, die gemäss dem Wortlaut des Grundgesetzes oder aufgrund einer Bestimmung des Grundgesetzes der Bundeseigenverwaltung unterliegen, wie etwa die Materien des Art. 87 GG. Dieser Auffassung liegt hinsichtlich des Wortes "Zulassen" in Art. 30 GG die Auslegung zugrunde, dass ein ausdrückliches "Ermächtigen" oder "Delegieren" im Wortlaut des Grundgesetzes gegeben sein muss, nicht nur ein allgemeines "Dulden" oder "Gewährenlassen". Diese strenge Auslegung rechtfertigt sich aus dem Sinn der Vorschrift des Art. 30 GG, die gerade zugunsten der Länder erlassen ist. Mit Recht hat Maunz stets darauf verwiesen, dass bei der gegenteiligen Auslegung die Beweislast vom Bund auf die Länder verlagert würde. "Die Länder müssten nämlich jeweils eine Vorschrift nachweisen, aus der sich ergibt, dass das Grundgesetz die Zuständigkeit des Bundes nicht duldet. Der Sinn des Art. 30, der die Beweislast dem Bund auferlegen will, wäre also genau in sein Gegenteil verkehrt. Eine solche Auslegung kann unmöglich zutreffend sein." 2)

Ist damit der Bund - abgesehen vom Bereich der Bundeseigenverwaltung, zu dem noch die Gebiete kommen, die aus der Natur der Sache nur vom Bund erledigt

1) Maunz, Staatsrecht, S. 200; a. A. Köttgen, VVDStRL Heft 16, S. 170; vgl. auch Hamann, Grundgesetz, Anm. C 2 zu Art. 83, S. 307, und Herrfahrdt im Bonner Kommentar, Erl. II 2 zu Art. 83.

2) Maunz, Staatsrecht, S. 184; ebenso derselbe in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 30, Randnr. 13, S. 8, und Ungeschriebene Bundeszuständigkeit, DÖV 1950, S. 643 f.; a. A. Köttgen, Der Städtetag 1952, S. 4; neuerdings auch BVerfG, NJW 1960, S. 907.

werden können, wie etwa die Verleihung von Orden des Bundes 1) - grundsätzlich dann, wenn gesetzliche Ermächtigungen nicht vorhanden sind, zu einer leistungsgewährenden Tätigkeit nach dem Grundgesetz nicht befugt, so sind deswegen finanzielle Gewährungen des Bundes in diesen Fällen nicht schlechterdings ausgeschlossen. Der Bund kann nämlich überall dort, wo ihm eine eigene Verwaltung versagt ist, den Weg über zweckgebundene Zuschüsse an die Länder einschlagen, die diese Mittel ihrerseits verwalten und dann an Dritte weitergeben. Der Bund kann sich also jederzeit an der Finanzierung von Leistungen der Länder beteiligen. Dass diese Möglichkeit selbst in den Bereichen, in denen dem Bund nicht einmal das Recht der Gesetzgebung zusteht, wie etwa im Bereich der Kulturverwaltung, als verfassungskonform bezeichnet werden muss, beweist der frühere Art. 106 Abs. 3 GG, in welchem von Zuschüssen des Bundes die Rede war, die dieser den Ländern zur Deckung von Ausgaben auf dem Gebiete des Schulwesens zu gewähren hatte.

c. Die Bindung durch den Vorrang der Verfassung.

Zum Vorrang des Gesetzes und zur Bindung an die anerkannten Rechtsgrundsätze des Verwaltungshandelns kommt als weitere Beschränkung der Verwaltung beim Erlass leistungsgewährender Einzelakte der Vorrang der Verfassung. Die Bindung an die Verfassung im allgemeinen ergibt sich für die Verwaltung indirekt aus der Bindung der Gesetzgebung an die verfassungsmässige Ordnung nach Art. 20 Abs. 3 GG. Die Bindung an die Grundrechte im besonderen, die für die Leistungsverwaltung nicht etwa deshalb entfällt, weil dem Bürger hier primär etwas gewährt wird und er in der Regel auf den Schutz durch die Grundrechte mangels unmittelbarer Eingriffe nicht angewiesen ist 2), folgt unmittelbar aus Art. 1 Abs. 3 GG.

Vor allem für das Gebot der Gleichheit gemäss Art. 3 GG eröffnet sich - insbesondere bei der Ablehnung von Leistungen - ein grosses Anwendungsgebiet 3). Zwar gebietet die Vorschrift des Art. 3 GG keine schematische Gleichbehandlung - ein Verstoß gegen sie liegt nur vor, wenn wesentlich Gleiches ungleich, nicht dagegen, wenn wesentlich Ungleiches entsprechend der bestehenden Ungleichheit ungleich behandelt wird -, sie verbietet aber jegliche willkürliche Differenzie-

1) vgl. den Erlass über die Stiftung des "Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland" vom 7.9.1951, BGBl. I S. 831, und das erst später ergangene Gesetz über Titel, Orden und Ehrenzeichen vom 26.7.1957, BGBl. I S. 844.

2) nicht zuzustimmen deshalb OVG Rheinland-Pfalz, JZ 1955, S. 17 = DVBl. 1955, S. 159.

3) Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Randnr. 110, S. 56; Friesenhahn, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2, S. 250; Ipsen, Neumann-Nipperdey-Scheuner, Bd. 2, S. 148, insbesondere Fussn. 118 mit weiteren Nachweisen; Kägi, ZSR n.F. Bd. 71, 1952, S. 194.

rung und damit jede Benachteiligung aus unsachlichen, zweckwidrigen oder sonstwie nicht einleuchtenden Gründen 1).

3. Ausräumung von Einwänden.

Mit der Grundrechtsvorschrift des Gleichheitssatzes als einem Willkürverbot ist der Leistungsverwaltung eine wirksame Schranke gesetzt. Der vielfach erhobene Einwand, diese Schranke genüge nicht, sie könne nicht verhindern, dass jemand bei der Verteilung von Wohltaten übergangen oder benachteiligt werde, und es müsse deshalb um einer stärkeren - rechtsstaatlichen - Bindung willen jeder leistungsgewährende Akt der Verwaltung von einer gesetzlichen Ermächtigung abhängig gemacht werden, schlägt nicht durch; denn auch bei Erfüllung dieser Forderung liesse sich keine stärkere Bindung herbeiführen. Der Gesetzgeber wäre, wenn er eine gesetzliche Regelung vornehmen müsste, in gleicher Weise wie bei der Eingriffsverwaltung gezwungen, in weiten Bereichen den Verwaltungsbehörden einen Ermessensspielraum einzuräumen. In diesen Ermessensbereichen aber fände letztlich die Verwaltung ihre Schranke auch nur wieder am Gleichheitssatz und am Willkürverbot, sie wäre also genauso frei oder gebunden in ihrer Entscheidung wie im Bereich der frei gestaltenden, ohne gesetzliche Ermächtigung fungierenden Verwaltung 2).

Ebensowenig stichhaltig ist der Einwand, der Verwaltung stünde, wenn sie keiner gesetzlichen Ermächtigung zu ihrer Tätigkeit bedürfte, für völlig willkürliche Leistungen an ihre Günstlinge Tür und Tor offen; da durch den Gleichheitssatz diesem Misstand nicht entgegengesteuert werden könne, bilde er eine ungenügende Schranke. Zwar ist hieran richtig, dass der heute gebotene Rechtsschutz derartige Willkürakte nicht verhindern kann: Der Begünstigte selbst wird den Gewährungsakt nicht angreifen, Ein Dritter ist durch ihn nicht in seinen Rechten verletzt und deshalb zu einer Anfechtung nicht befugt 3). Im Verfahren gegen einen Bescheid, mit welchem einem Dritten die Gewährung einer gleichen Willkürleistung versagt wird, ist der ursprüngliche Willkürakt ebenfalls nicht zur Aufhebung zu bringen. Dieses unbefriedigende Ergebnis wird aber genausowenig vermieden, wenn jede gewährende Verwaltungsmassnahme auf ein Gesetz zurückführbar sein müsste. In diesem Fall würde sich die willkürliche Leistung der Verwaltung regelmässig als ein ausserhalb der Gesetze liegender, als gesetzloser Verwaltungsakt erweisen.

1) BVerfGE 1, S. 14/52 = NJW 1951, S. 877; BVerfGE 2, S. 336/340 = NJW 1953, S. 1097; BVerfGE 4, S. 7/24; BVerfG, NJW 1959, S. 979; BVerwGE 2, S. 151/153 f.; BVerwG, NJW 1958, S. 2080; BayVerfGH, bayVGH n.F. 12 II 21/32

2) vgl. Hamann, BB 1953, S. 866.

3) vgl. §§ 40, 42 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960, BGBl. I S. 17, und Art. 19 Abs. 4 GG.

Als solcher wäre er nicht von vornherein nichtig, sondern nur anfechtbar 1). Eine Aufhebung durch Anfechtung käme aber auch hier nicht in Frage, da der Begünstigte eine Anfechtung unterliesse und ein Dritter zur Anfechtung mangels Verletzung eigener Rechte nicht berechtigt wäre. Sollte sich der Willkürakt nicht als gesetzloser, sondern nur als - wegen Ermessensüberschreitung - gesetzwidriger 2) und deshalb gleichfalls bloss aufhebbarer Verwaltungsakt darstellen, wäre das Ergebnis kein anderes.

Durch die Geltung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes im Bereich der Leistungsverwaltung wäre somit kein stärkerer Schutz vor Willkürmassnahmen der Verwaltung geschaffen als er bereits ohne den Vorbehalt des Gesetzes durch das im Gleichheitssatz verankerte Willkürverbot besteht. Die Notwendigkeit einer Anerkennung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes für die Leistungsverwaltung ist damit widerlegt.

Der Vorbehalt des Gesetzes ist überdies auch aus anderen Gründen nicht geeignet, den ungerechtfertigten Gewährungen der öffentlichen Hand Einhalt zu gebieten. Grossenteils gehen nämlich die Wohltaten nicht von der Verwaltung aus, sondern vom Gesetzgeber. Der Gesetzgeber aber kann, da er die Gesetze selbst erst schafft, durch ein Gesetz nicht gebunden werden. Er ist in der Lage, soweit er nicht den Rahmen der Verfassung sprengt, mit Hilfe des Instruments Gesetz frei und in beliebigem Umfang zu gewähren und zu begünstigen 3). Dass der Gesetzgeber diese seine Möglichkeiten ausnützt, dafür sorgt heute eine Vielheit oligarchischer Aktionsgemeinschaften und Einflussgruppen, die hinter ihm steht: die politischen Parteien, die von den Parlamenten aus trachten, Stimmen für die nächsten Wahlen zu gewinnen, die Gewerkschaften, Arbeitgeberverbände, Wirtschaftsverbände und Interessenorganisationen sonstiger Art.

Sogar das Grundgesetz geht davon aus, dass es nicht vorwiegend die Verwaltung, sondern der Gesetzgeber ist, der in seiner Unbekümmertheit Leistungen zu gewähren, gezügelt werden muss. Dies beweist der Umstand, dass im Grundgesetz ausgerechnet der Exekutive ein Mittel in die Hand gegeben ist, der Spendierfreudigkeit des Gesetzgebers einen Riegel vorzuschieben. Gemeint ist Art. 113 GG, wonach Beschlüsse des Bundestages und des Bundesrates, welche die von der Bundes-

1) BVerwGE 1, S. 67.

2) zum Unterschied von gesetzlosen und gesetzwidrigen Verwaltungsakten vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 225.

3) vgl. Scheuner, Grundfragen des modernen Staates, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 3, 1951, S. 152; Kägi, ZSR n.F. Bd. 71, 1952, S. 177, Anm. 11; Roos, Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, S. 118; sie weisen sämtlich darauf hin, dass die Gesetzgebung sogar einem despotischen, absolutistischen Willen dienen könnte.

regierung vorgeschlagenen Ausgaben des Haushaltsplanes erhöhen oder neue Ausgaben in sich schliessen oder für die Zukunft mit sich bringen, der Zustimmung der Bundesregierung bedürfen 1).

Das allgemeine Erfordernis des Gesetzes für Akte der Leistungsverwaltung würde ausserdem den Gesetzgeber vor eine nahezu unlösbare Aufgabe stellen. Sind schon die von seiten der öffentlichen Hand heute notwendigen Leistungen und deren Voraussetzungen wegen ihrer Vielgestaltigkeit an sich einer Normierung schwer zugänglich, so wäre der Gesetzgeber überdies gezwungen, geradezu eine Flut von Gesetzen zu erlassen. Wie umfangreich eine Gesetzgebung wird, wenn man von ihr verlangt, die Grundlagen für alle Einzelmassnahmen der Verwaltung zu bieten, zeigt heute die Gesetzgebung im Bereich des Steuerrechts. Mit jedem neuen Gesetz wird die Rechtsordnung undurchsichtiger, engmaschiger und komplizierter, eine Entwicklung, die sicherlich nicht zur Vervollkommenung des Rechtsstaats beiträgt, sondern im Gegenteil freiheitsgefährdend wirkt und deshalb als Rückschritt anzusehen ist. Es ist nicht notwendig, dass die Gesetzgebung sich weiter ausdehnt als die Bedürfnisse rechtsstaatlicher Ordnung es erfordern. "Der Geist des Reglementierens ist nicht der Geist des Rechtsstaates" 2).

Auch wenn der Gesetzgeber dieser von ihm geforderten Aufgabe, die gesetzlichen Grundlagen für jedes Handeln der Verwaltung zur Verfügung zu stellen, nahezu Herr werden sollte, er könnte sein Soll nie voll und ganz erfüllen; denn immer werden der Verwaltung neue Leistungsaufgaben erwachsen, an die der Gesetzgeber noch nicht gedacht hat und die dann, wenn sie die Verwaltung - vielleicht um einem dringenden Bedürfnis abzuhelpen - zu erfüllen hätte, noch nicht normiert sind 3). Da das Leben und nicht das Gesetz die Tatbestände stellt, wäre der Gesetzgeber bei der Erfüllung seiner Aufgabe zu einem ständigen Nachhinken verurteilt, die Verwaltung aber vor die Wahl gestellt, entweder ohne gesetzliche Grundlage, also rechtswidrig zu handeln oder nicht achtend der nachteiligen Folgen den Geschehnissen ihren Lauf zu lassen.

Schliesslich muss zugunsten der Auffassung, dass die Leistungsverwaltung für den Erlass von Einzelakten einer gesetzlichen Grundlage nicht bedarf, noch ein letzter Einwand ausgeräumt werden. Es wird behauptet, mit jeder kulturellen, wirtschaftlichen oder sozialen Förderung, die die öffentliche Hand übernimmt, werde mit-

1) vgl. hierzu § 96 Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages vom 28.1.1952, BGBl. II S. 389, mit Änderung vom 6.12.1956, BGBl. II S. 1048.

2) Kägi, ZSR n.F. Bd. 71, 1952, S. 220; ähnlich Menger, DÖV 1955, S. 592.

3) vgl. Becker, VVDStRL Heft 14, S. 103; Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, S. 28.

telbar die Eigensphäre der Bürger in Mitleidenschaft gezogen 1); allein wegen dieses Eingriffs sei eine Ermächtigung durch Gesetz unumgänglich. Diese Argumentation trägt ihre Mängel in sich selbst. Sie krankt daran, dass es sich bei der Verletzung der Eigensphäre des einzelnen eben nur um einen mittelbaren, nicht aber unmittelbaren Eingriff in Freiheit oder Eigentum handelt. Zwischen den Leistungsakt der Verwaltung und die Berührung der Eigensphäre des Bürgers gehört notwendigerweise noch ein eingreifender Akt: regelmässig der Steuerbescheid. Für ihn als den unmittelbaren Eingriff gilt der Vorbehalt des Gesetzes. Da nun aber jeder dieser Eingriffsakte der öffentlichen Hand Einnahmen verschafft, und zwar nur zu dem Zweck, dass sie die öffentliche Hand als Ausgaben wieder von sich gibt, da also mit anderen Worten der Eingriffsakt notwendig einen entsprechenden Gewährungsakt zur Folge hat, und umgekehrt der Gewährungsakt den Eingriffsakt voraussetzt, ist es - jedenfalls soweit es um den Schutz der letztlich die öffentliche Gewährung finanzierenden Bürgers geht - des Guten zuviel, wenn man für beide Akte, den Eingriffsakt und den Gewährungsakt, eine gesetzliche Ermächtigung fordern wollte. Der Vorbehalt des Gesetzes für den unmittelbar eingreifenden Akt reicht aus, die Freiheits- und Eigentumssphäre des einzelnen zu schützen. Die nun mittelbar eingreifenden Akte der leistenden Verwaltung bedürfen deshalb nicht der Unterstellung unter das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes.

Mit der Verneinung der Frage, ob die gewährende Verwaltung beim Erlass konkreter Einzelakte durch das Gesetz ermächtigt sein muss, ist zugleich ein Bekenntnis für eine Verwaltung ausgesprochen, die nicht lediglich Gesetzesvollzug darstellt. Nur eine solchermassen freie Verwaltung ist in der Lage, die vielseitigen an sie gestellten Aufgaben gerade auf dem Gebiet der modernen Leistungsverwaltung zu erfüllen. Durch eine formale Festlegung der Verwaltung auf die Ausführung und Anwendung kasuistischer Gesetze würde, wie Hans J. Wolff mit Recht feststellt 2), die Verwaltung subalternisiert und verlöre nicht nur ihre Eigenständigkeit, sondern auch die nur ihr eigene Funktionsfähigkeit im Dienste des Gemeinwohls.

4. Folgerungen für die schlichte Hoheitsverwaltung und die Verwaltung in privatrechtlichen Formen.

Unterliegt die obrigkeitliche Leistungsverwaltung nicht dem Vorbehalt des Gesetzes, so bedarf es keines weiteren Beweises, dass auch die nichtobrigkeitliche gewährende Hoheitsverwaltung (schlichte Hoheitsverwaltung) auf keiner gesetzlichen Grundlage zu beruhen braucht; denn die Träger öffentlicher Verwaltung sind im

1) Roos, Rechtsquellenprobleme im Schweizerischen Recht, S. 130, - vgl. oben S. 92.

2) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 61; vgl. auch Werner Weber, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, Festschrift für Carl Schmitt, 1959, S. 262.

Bereich der schlichten Hoheitsverwaltung in gleicher Weise wie beim Erlass gewöhnlicher Verwaltungsakte an den Vorrang des Gesetzes und der Verfassung, an die anerkannten Rechtsgrundsätze des Verwaltungshandelns und an die haushaltsrechtlichen Schranken gebunden. Es kann deshalb beispielsweise ein Stadtrat ohne spezielle Ermächtigung beschliessen, zu Ehren eines Gelehrten ein Denkmal zu setzen, und diesen Beschluss durch Aufstellung des Denkmals ausführen lassen.

Ebenso ist die Verwaltung vom Erfordernis des Gesetzes befreit, wenn sie in privatrechtlichen Formen während tätig wird. Das gilt zumindest, wenn die privatrechtliche Betätigung der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben dient. Steht es nämlich einerseits den Trägern der öffentlichen Verwaltung frei, ob sie sich bei der Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben der hoheitlichen oder der privatrechtlichen Gestaltungsformen bedienen 1), und ist andererseits klargestellt, dass die Leistungsverwaltung in hoheitlichen Formen nicht dem Vorbehalt des Gesetzes unterstellt zu werden braucht, dann kann auch für die gewöhnende Verwaltung, die sich der rechtlichen Gestaltungsformen des Privatrechts bedient, eine gesetzliche Grundlage nicht verlangt werden. Dasselbe hat aber auch für die nur in privatrechtlichen Formen sich abspielende erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand zu gelten. Zwar fehlt in diesem Bereich weitgehend die Bindung an verwaltungsrechtliche Prinzipien und an die Grundrechte 2), trotzdem aber ist unbestritten, dass die Träger öffentlicher Verwaltung grundsätzlich wie jeder Private konkurrierend am Wirtschaftsleben teilnehmen können. Grenzen bestehen freilich auch hier, denn es kann der öffentlichen Hand nicht unbeschränkt gestattet sein, sich gestützt auf ihre erheblichen finanziellen Mittel, aber auch kraft ihres Wissens um nahe bevorstehende finanz- und wirtschaftspolitische Entscheidungen am Konkurrenzkampf der Wirtschaft zu beteiligen, mit dem Erfolg, dass weite Teile der privaten Wirtschaft in die Abhängigkeit der öffentlichen Hand geraten 3). So sind insbesondere den Gemeinden in allen Gemeindeordnungen der Länder 4), anknüpfend an die §§ 67 ff. der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935 5), hinsichtlich der wirtschaftlichen Betätigung nicht zuletzt im Inte-

1) s. oben S. 69.

2) Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Randnr. 134 f., S. 68 f.

3) Torz, DÖV 1958, S. 207.

4) vgl. die Gemeindeordnungen von Baden-Württemberg vom 25.7.1955 (GBl. S. 129) §§ 85 ff.; Bayern vom 25.1.1952 (BayBS I S. 461) Art. 75 ff.; Hessen vom 25.2.1952 (GVBl. S. 11) §§ 98 ff.; Niedersachsen vom 4.3.1955 (GVBl. S. 55) §§ 89 ff.; Nordrhein-Westfalen vom 28.10.1952 (GS NW S. 167) §§ 69 ff.; Rheinland-Pfalz vom 5.10.1954 (GVBl. S. 117) §§ 77 ff.; Saarland vom 10.7.1951 (ABl. S. 995) §§ 89 ff.; Schleswig-Holstein vom 24.1.1950 (GVBl. S. 75) §§ 82 ff.

5) RGBl. I S. 49.

resse der privaten Wirtschaft mehr oder weniger einschneidende Schranken auferlegt. Von keiner Seite wird aber gefordert, dass die Eindämmung der erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand mit Hilfe des Vorbehalts des Gesetzes zu erfolgen hätte 1), also dadurch, dass jedes rechtsgeschäftliche Handeln der Träger öffentlicher Verwaltung zum Zwecke der konkurrierenden Teilnahme am Wirtschaftsleben nur aufgrund eines formellen Gesetzes vorgenommen werden dürfte.

III. Ausnahmen von der Nichtgeltung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes?

Ist für alle Formen der Leistungsverwaltung der Grundsatz herausgearbeitet, dass konkrete Einzelakte einer gesetzlichen Grundlage entbehren können, so bleiben noch die eventuellen Ausnahmen zu diesem Grundsatz zu erörtern.

1. Die Geltung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes bei janusköpfigen Verwaltungsakten.

Dem Vorbehalt des Gesetzes unterliegen entgegen dem Grundsatz einmal alle diejenigen Verwaltungsmassnahmen, die gleichzeitig sowohl Gewährungen als auch Eingriffe in Freiheit oder Eigentum zum Gegenstand haben (Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, janusköpfige Verwaltungshandlungen 2). Es spielt dabei keine Rolle, ob sich Leistung und Eingriff gegen ein und dasselbe Rechtssubjekt oder gegen verschiedene Rechtssubjekte richten. So muss etwa für Pflichtimpfungen, die einerseits in das Recht des Impflings auf körperliche Unversehrtheit eingreifen und andererseits gerade den Impfling vor späterer Ansteckung bewahren sollen, stets eine gesetzliche Grundlage, wie beispielsweise das Impfgesetz vom 8.4.1874 3), vorhanden sein. Auch die Zwangseinweisungsverfügungen der Wohnungsämter, die dem Wohnungsuchenden einen Vorteil bringen, den betroffenen Wohnungsinhaber aber belasten, wären ohne eine gesetzliche Ermächtigung, wie sie in § 16 des Wohnraumbewirtschaftungsgesetzes 4) zu finden ist, rechtswidrig. Das folgt unmittelbar aus dem Satz, dass alle Eingriffe in Freiheit und Eigentum der Staatsbürger nur aufgrund eines Gesetzes ergehen können.

1) auch Hamann, NJW 1957, S. 1423 f., fordert dies nicht; ihm genügt eine allgemeine Ermächtigung durch die Verfassung. Die Bedenken Forsthoffs, Lehrbuch, S. 422 f., Torz', DÖV 1958, S. 207 ff., und des BGH, BGHZ 20, S. 119, beziehen sich nur auf die Schranken.

2) vgl. oben S. 41 ff.

3) RGBl. 1874, S. 31.

4) Gesetz vom 31.3.1953, BGBl. I S. 97.

Eine gesetzliche Grundlage ist weiter notwendig dort, wo von seiten der Verwaltung eine Regelung getroffen wird, durch die eine untrennbare Wechselbeziehung zwischen der Auferlegung von Belastungen und der Gewährung von Begünstigungen geschaffen wird, durch die also mehrere Massnahmen derart in Abhängigkeit gebracht werden, dass die Vergünstigungen nicht ohne die Belastungen gewährt werden. Zu erwähnen ist hier der Fall, den das Bundesverwaltungsgericht zu entscheiden hatte 1), wonach im Zusammenhang mit der Öl- und Fettbewirtschaftung in den Kriegs- und Nachkriegsjahren zur Sicherstellung einheitlicher und gleichbleibender Verkaufspreise der von den deutschen Ölmühlen hergestellten Öle und Fette laufend preisausgleichende Massnahmen durchgeführt wurden, und zwar in der Weise, dass den Ölmühlen in Höhe des Unterschiedsbetrages zwischen den Einkaufspreisen der Rohware zuzüglich der Verarbeitungskosten einerseits und den aufgrund einer Standardkalkulation festgesetzten Abgabepreisen andererseits entweder von der Einfuhr- und Vorratsstelle für Fette Ausgleichsvergütungen gewährt wurden oder dass die Ölmühlen eine entsprechende Ausgleichsabgabe zu zahlen hatten, wenn sich bei Gegenüberstellung dieser Posten ein Unterschiedsbetrag zugunsten der Vorratsstelle ergab. Bei solch untrennbarer Wechselbeziehung der Massnahmen, so betont das Bundesverwaltungsgericht mit Recht, geht es nicht an, "die eine Massnahme von der anderen zu trennen und, wenn die gesetzliche Grundlage für die Belastung fehlt, zwar diese für unzulässig zu erklären, gleichwohl aber die Gewährung der Vergünstigung für zulässig zu halten, weil sie ohne gesetzliche Grundlage vorgenommen werden könne. Vielmehr ist unter entsprechender Anwendung des in § 139 BGB enthaltenen Grundgedankens davon auszugehen, dass in diesen Fällen die Unzulässigkeit der einen Massnahme auch die der anderen nach sich zieht, da nicht anzunehmen ist, dass die Vergünstigungen ohne die Rechtswirksamkeit der Belastung gewährt worden wären." 2)

2. Die Geltung des Prinzips vom Vorbehalt des Gesetzes bei "eingriffsmildernden" Leistungen.

Unentbehrlich ist eine gesetzliche Grundlage auch in all den Fällen, die wir die "eingriffsmildernden" Leistungen der Verwaltung genannt haben 3); denn soll - wie das bei den "eingriffsmildernden" Leistungen stets geschieht- dem Betroffenen zunächst durch eine allgemeine gesetzliche Regelung ein Recht oder eine Sache grundsätzlich entzogen sein, kann ihm jedoch dieses Recht oder diese Sache durch einen Akt der Verwaltung ganz oder teilweise wieder zugesprochen werden, so wird durch diese Gewährung oder aber auch Versagung seitens der Verwaltung •der vom Gesetzgeber unvollendet gelassene Eingriff erst vollendet und in seinen

1) BVerwGE 6, S. 282 ff. = NJW 1958, S. 1153 = DVBl. 1959, S. 138.

2) BVerwGE 6, S. 282/288.

3) vgl. oben S. 44 f.

Grenzen genau umschrieben. Es handelt sich also bei derartigen Verfügungen der Verwaltung in Wahrheit nicht um Leistungen, sondern um die nähere Bestimmung des Umfangs von Eingriffen, mit der Folge, dass die Verwaltung hier an all die Regeln gebunden ist, die ihr kraft des Rechtsstaatsprinzips für Einzeleingriffe in den Rechtskreis des Bürgers auferlegt sind: Die Notwendigkeit einer Ermächtigung durch ein Gesetz und das Erfordernis, dass diese Ermächtigung nach Inhalt, Gegenstand, Zweck und Ausmass hinreichend bestimmt und begrenzt ist, so dass die Massnahmen messbar und in gewissem Umfange für den Staatsbürger voraussehbar und berechenbar werden 1).

Als typische Fälle, bei denen nach aussen der Eindruck von Leistungen der Verwaltung erweckt wird, aber nur Eingriffe vorliegen, kommen vor allem die Erlaubnisse oder Genehmigungen in Betracht, durch deren Vorbehalt in Verbotsgesetzen einzelne Grundrechte der Staatsbürger berührt werden, und bei denen deshalb ein Rechtsanspruch auf Erlaubnis oder Genehmigung immer dann gegeben ist, wenn keine gesetzlich vorgesehenen Versagungsgründe vorliegen. Das sind in erster Linie die gewerbe- und baurechtlichen Erlaubnisse, schlechthin aber alle Genehmigungen, welche die im Grundgesetz verankerte Berufs- oder Eigentumsfreiheit wiederherstellen sollen. Das den Erlaubnis- oder Genehmigungsvorbehalt aussprechende Verbotsgesetz muss hier, um den Grundsätzen des Rechtsstaats und der Gesetzmässigkeit zu genügen, hinsichtlich der Erlaubnis oder Genehmigung eine nähere, nicht nur formelle Regelung vornehmen, es muss der Entschlussfreiheit der Verwaltungsbehörden hinreichende rechtliche Schranken setzen, die Tatbestände, unter denen die Erlaubnis oder die Genehmigung erteilt oder versagt werden soll, normieren und, soweit Raum für ein behördliches Ermessen ist, dessen Grenzen abstecken 2).

Den gleichen Bindungen, insbesondere dem Vorbehalt des Gesetzes ist die Verwaltung bei der Gewährung von Vergünstigungen im Rahmen des Steuerrechts unterworfen. Eine Steuerbefreiung, Steuerermässigung oder ein Steuererlass sind nur denkbar aufgrund eines vorangegangenen Eingriffs, nämlich der Feststellung einer generellen Steuerpflicht des Betroffenen. Durch die Steuervergünstigung wird der generell zulässige steuerliche Eingriff für den einzelnen gemildert oder aufgehoben, der Eingriff also erst speziell umgrenzt. Die Feststellung des Umfangs eines

1) BVerfGE 9, S. 137/147 = NJW 1959, S. 931 = DÖV 1959, S. 302; BVerfGE 8, S. 274/325 = NJW 1959, S. 475 = DVBl. 1959, S. 171; BVerwGE 2, S. 114/116 = DÖV 1955, S. 635; BayVerfGH, bayVGH n.F. 1 II 81/91; BayVGH, VerwRspr. 7, S. 619/624 und 962/967; Maunz in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 80, Randnr. 22, S. 12.

2) BVerfGE 9, S. 83/87 und 8, S. 71/76.

Eingriffs in das Eigentum des einzelnen aber bedarf gesetzlicher Ermächtigung. Damit die Finanzämter dieser Forderung voll gerecht werden können, sind denn auch, abgesehen von der allgemeinen Regelung über Steuererlasse in § 131 Reichs-abgabenordnung 1), vom Gesetzgeber zahllose Ausnahmetatbestände geschaffen worden, die Steuerbefreiungen, -ermässigungen, -erleichterungen, -erlasse, -erstattungen und andere Begünstigungen zugunsten einzelner oder bestimmter Gruppen zulassen 2).

3. Die Zulässigkeit belastender Nebenbestimmungen bei der Gewährung von Leistungen.

Umstritten ist die Frage, ob die Verwaltung für ihre gewährenden Akte, seien sie hoheitlich oder privatrechtlich, nicht wenigstens dann eine gesetzliche Grundlage nachweisen muss, wenn diese Gewährungen mit Bedingungen, Auflagen, Befristungen oder Widerrufsvorbehalten versehen sind, oder genauer: ob nicht zumindest diese Nebenbestimmungen einer ausdrücklichen Ermächtigung bedürfen, da sie die durch die Gewährung Begünstigten in mehr oder weniger grossem Umfang belasten. Insbesondere die Auflage, die zu einem beliebten Mittel der gewährenden Verwaltung geworden ist, weil sie vornehmlich geeignet ist, die Wahrung der öffentlichen Interessen für die Zukunft zu sichern, muss in diesem Zusammenhang näher betrachtet werden.

Für die Klärung der aufgeworfenen Frage ist auszugehen von der Überlegung, dass von Nebenbestimmungen zu Gewährungen nur dort gesprochen werden kann, wo die durch die Nebenbestimmung hervorgerufene Belastung die durch die Gewährung bewirkte Begünstigung an Umfang nicht übersteigt. Andernfalls liegt keine Nebenbestimmung vor, sondern ein eigener selbständiger Eingriff. Ist aber der Umfang der Belastung durch eine Nebenbestimmung gegenüber dem Umfang der Begünstigung durch die Gewährung stets ein Weniger, dann kann auch die mit der Gewährung verbundene Begünstigung durch die Hinzufügung einer Nebenbestimmung lediglich vermindert, nicht jedoch beseitigt werden. Es bleibt also stets ein Rest an Begünstigung übrig. Bei solcher Sachlage wäre es aber ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit, wollte man eine Vergünstigung im ganzen versagen, wenn sie unter Auflagen möglich wäre 3). Hieraus folgt dann auch, daß wenn eine Gewährung an sich ohne gesetzliche Grundlage zulässig ist, von der

1) Gesetz vom 22.5.1931, RGBI. I S. 161. Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung bei Steuererlassen vgl. BVerwG, DVBl. 1959, S. 710.

2) vgl. hierzu die oben S. 44 in Fussn. 3 genannte Zusammenstellung über Begünstigungen im Rahmen des Steuerrechts durch den Bundesminister der Finanzen, in der auch die jeweiligen gesetzlichen Grundlagen aufgeführt sind.

3) Herb. Krüger, DVBl. 1955, S. 451.

Auflage und damit von der ganzen Gewährung nicht deswegen abgesehen zu werden braucht, weil eine Ermächtigung durch ein Gesetz für die Auflage nicht vorhanden ist.

Die Verwaltung hat aber dieses Recht, Leistungen mit Auflagen und anderen Nebenbestimmungen ohne gesetzliche Grundlage zu verkoppeln nur dort, wo sie in ihrer Entscheidung über die Leistung frei und nicht gebunden ist. Lediglich für solche Fälle kann gefolgert werden, dass eine Behörde, die von Rechts wegen eine Vergünstigung vollständig versagen kann, mit dem gleichen Recht auch einen Teil der Vergünstigung verweigern darf 1). Dort dagegen, wo für die Verwaltung bereits eine gesetzliche Bindung besteht, wo der Begünstigte über einen Rechtsanspruch auf die vollständige Leistung verfügt, sind keine Auflagen zulässig; denn hier bilden die festgelegten Voraussetzungen das Höchstmass der Anforderungen, die die Behörde bei der Gewährung der Vergünstigung stellen kann. Eine Ausnahme gilt nur, wenn die gesetzlich vorgesehenen Voraussetzungen im Einzelfall noch nicht sämtlich vorliegen. Unter diesem Umstand ist die Auferlegung von Auflagen gestattet, soweit sie lediglich der Erfüllung der gesetzlichen Erfordernisse dient 2).

Ist die Verwaltung berechtigt, eine Vergünstigung nach ihrer freien Entscheidung zu versagen oder zu gewähren, und leitet sich aus dieser Befugnis das Recht zur Beifügung von Auflagen ab, so könnte man daraus folgern, dass einer solch freien Vergünstigung auch jede beliebige Auflage beigegeben werden dürfte. Die scheinbare Richtigkeit dieses Gedankens wird noch unterstützt durch die Überlegung, dass sich der Staatsbürger doch wohl derartigen Auflagen, die eine Gewährung wertlos machen, dadurch entziehen kann, dass er auf die Gewährung verzichtet. Beide Folgerungen beruhen jedoch auf einem Trugschluss. Einmal wäre es für den Bürger angesichts der vielfach lebenswichtigen Bedeutung, die Leistungen der öffentlichen Hand für ihn haben können, eine unter Zwang getroffene Entscheidung, aber kein freier Verzicht, wenn er sich der Auflagen wegen eine Gewährung versagen müsste. Auch liegt es heute, insbesondere bei wirtschaftslenkenden Massnahmen, meist im Interesse der Behörden selbst, dass das für eine Gewährung ausersehene Rechtssubjekt nicht nach seinem Belieben über die Annahme oder Ablehnung der Leistung entscheiden kann. Zum anderen aber ist von vornherein von einer falschen Voraussetzung ausgegangen, wenn man annimmt,

1) Forsthoff, Lehrbuch, S. 199; Herb. Krüger, Diskussionsbeitrag in VVDStRL Heft 11, S. 137; derselbe, DVBl. 1955, S. 451; v. Mangoldt, Nebenbestimmungen bei rechtsgewährenden Verwaltungsakten, VerwA Bd. 37, 1932, S. 120; Nebinger, Verwaltungsrecht, S. 206 f.; Peters, Lehrbuch, S. 383; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 250.

2) Forsthoff, Lehrbuch, S. 199; v. Mangoldt, VerwA Bd. 37, S. 119 f.

die Verwaltung hätte bei der Entscheidung über eine Vergünstigung völlig freie Hand. Freie Entscheidung der Verwaltung bedeutet nie Entscheidung nach freiem Belieben, sondern stets nur Entscheidung innerhalb der Schranken der Gesetze und der Verfassung unter gleichzeitiger Beachtung der anerkannten Rechtsgrundsätze des Verwaltungshandelns. Sind diese Schranken für die Gewährung der Vergünstigung massgebend, so haben sie auch für die Beifügung der Auflagen zu gelten 1). Nicht jede beliebige Auflage ist deshalb zulässig.

Fragt man dann aber, welche Auflagen einer Vergünstigung beigegeben werden können, so erweist sich unter den anerkannten Rechtsgrundsätzen des Verwaltungshandelns das Gebot an die Verwaltung, ihre Entscheidungen nur nach sachlichen Gesichtspunkten zu treffen, als geeignet, den Rahmen für die Zulässigkeit der Auflagen abzustecken. Hiernach dürfen die Auflagen nicht über das Mass hinausgehen, das die Erreichung der mit den Auflagen verfolgten Zwecke fordert. Es findet also auch bezüglich der Auflagen der Grundsatz der Verhältnismässigkeit von Mittel und Zweck Anwendung 2). Zweck einer echten Auflage kann aber nur der sein, die Hindernisse aus dem Weg zu räumen, die der Gewährung einer Vergünstigung im Wege stehen. Nur dann also, wenn sonst die Gewährung versagt werden müsste, durch eine Auflage aber die Vergünstigung ermöglicht wird, ist eine Auflage gerechtfertigt.

Darüber hinaus muss aber auch in materieller Beziehung zwischen Vergünstigung und Auflage ein gewisser Zusammenhang bestehen. Man spricht vielfach von einem "inneren Zusammenhang" zwischen Gewährung und Auflage 3) und meint damit, dass eine Behörde bei der Beifügung von Auflagen nur solche Gesichtspunkte berücksichtigen darf, die dem bei der Gewährung anzuwendenden Gesetz entnommen werden können 4), oder, wenn für die Gewährung keine gesetzliche Grundlage besteht, nur solche Gesichtspunkte, die sich innerhalb der Zuständigkeit der gewährenden Behörde und in den Grenzen des ihrer Fürsorge anvertrauten Interessengebietes halten 5). Die Behörde dürfte also hiernach mit der Auflage nur die nach den Gesetzen und den Aufgaben des jeweiligen Verwaltungszweigs gewiesenen Zwecke wahrnehmen 6). Dies erscheint jedoch zu eng. Es ist vielmehr

1) vgl. Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 3, Randnr. 137, S. 71; Forsthoff, Lehrbuch, S. 199; Herb. Krüger, DVBl. 1955, S. 452 f.; v. Mangoldt, VerwA Bd. 37, S. 121; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 250.

2) Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 64; Becker, VVDStRL Heft 14, S. 112; Herb. Krüger, DVBl. 1955, S. 451.

3) Peters, Lehrbuch, S. 162; vgl. auch Eyermann-Fröhler, Kommentar zum Verwaltungsgerichtsgesetz, 1950, Anm. III 1 im Anhang zu § 35, S. 127.

4) BGH, BB 1955, S. 9

5) v. Mangoldt, VerwA Bd. 37, S. 120.

6) Forsthoff, Lehrbuch, S. 198.

angebracht, auf einen sachlichen Zusammenhang abzustellen 1) und jede sachlich begründete Auflage, die dazu dient, ein Hindernis zu beseitigen, das der Gewährung einer Vergünstigung im Wege steht, als rechtmässig anzuerkennen; auch dann also, wenn die mit der Auflage wahrgenommenen öffentlichen Interessen ausserhalb des Sachbereichs des Gesetzes liegen, aufgrund dessen die Gewährung vorgenommen wird, oder ausserhalb des Aufgabenbereichs der Behörde, die die Vergünstigung gewährt 2). Auf den Rechtsgebieten des Bau- und Gewerbe-rechts wird dies von jeher so gehandhabt. Hier sind einerseits feuerpolizeiliche, verkehrspolitische und dem Naturschutz dienende Nebenbestimmungen zu Bau-erlaubnissen 3) und andererseits bau-, feuer- und gesundheitspolizeiliche, so-wie sozialpolitische Bedingungen und Auflagen zu gewerberechtlichen Genehmigungen 4) keine Seltenheit. Sachlich begründete Auflagen haben deshalb auch auf anderen Gebieten ihre Berechtigung. So hat Herbert Krüger mit Recht darauf hingewiesen 5), dass die Zuständigkeit für eine Gewährung die Beifügung von Auflagen sogar in einer Materie zulässt, die an sich zur Kompetenz eines ande-ren Bundesgliedes gehört. Nach ihm ist zum Beispiel die Bundeswasserstrassenver-waltung nicht gehindert, bei der Verleihung eines Sondernutzungsrechts Auflagen zugunsten des Natur- und Landschaftsschutzes zu machen, obwohl dieser Schutz in die Kompetenz der Länder fällt; denn andernfalls wäre der Verwaltung einmal der Vorwurf der Unwirtschaftlichkeit zu machen, da neben der Bundesbehörde nun auch die Landesbehörde noch in Aktion treten müsste, ganz abgesehen da-von, dass solches Tätigwerden der Landesbehörden vielleicht bereits schon zu spät käme, und der Zweck des Schutzes nicht mehr erreicht werden könnte. Zum anderen wäre es obendrein ein nicht gerade bundesfreundliches Verhalten, wenn von einer Bundesbehörde keine Rücksicht auf schutzwürdige Interessen der Länder genommen würde.

Als von vornherein in jeder Hinsicht sachlich nicht zulässige Nebenbestimmungen kommen damit im wesentlichen nur diejenigen in Frage, die privaten Interessen oder ausschliesslich der Erzielung von Einnahmen dienen. Für die zweite Gruppe mag die Richtigkeit dieser Behauptung vielleicht nicht ohne weiteres erkennbar sein, sie wird jedoch klar, wenn man sich vor Augen hält, dass in diesen Fällen Vergünstigung und Auflage zu nichts anderem als zu einem Austauschgeschäft

1) Württ. -Bad. VGH, VerwRspr. 5, S. 462/466.

2) so auch Herb. Krüger, DVBl. 1955, S. 520, 522 f.; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 250.

3) vgl. OVG Münster, DVBl. 1955, S. 294.

4) vgl. § 18 Gewerbeordnung für das Deutsche Reich i. d. F. vom 26.7.1900, RGBl. S. 871, und § 11 Gaststättengesetz vom 28.4.1930, RGBl. I S. 146.

5) Herb. Krüger, DVBl. 1955, S. 453.

zwischen Hoheitsträger und Bürger werden, also zu einem Verkauf von Hoheitsakten 1). Ein solches Geschäft verbietet aber der klassische Grundsatz, wonach der Staat als Hoheitsträger mit seinen Bürgern nicht paktiert 2). Es liegt deshalb beispielsweise eine sachwidrige Auflage zweifellos dann vor, wenn die Genehmigung zum Verkauf von beschlagnahmtem Wein mit der Verpflichtung verbunden wird, von jedem verkauften Liter 2.-DM in den Fonds zur Bekämpfung der Reblaus zu zahlen 3), oder wenn bei der Erteilung von Bauerlaubnissen von den Verpflichtungen der Reichsgaragenordnung 4) unter der Voraussetzung Befreiung gewährt wird, dass der Bauwerber sich zur Abführung eines bestimmten Betrages an die Gemeinde bereit erklärt 5).

Freilich werden die sachliche und die unsachliche Auflage nicht immer ganz sauber auseinanderzuhalten sein. So wird man im Gegensatz zu dem zuletzt gebrachten Beispiel bei einer Genehmigung nach § 4 des Wohnsiedlungsgesetzes 6), wenn sie für die betroffene Gemeinde die Verpflichtung zur Aufschliessung eines umfangreichen Siedlungsgebietes mit sich bringt, regelmässig die Bedingung für zulässig erachten müssen, wonach die Genehmigung nur erteilt werden kann, wenn vom Antragsteller ein Teil der sogenannten Nachfolgelasten gegenüber der Gemeinde übernommen wird. Der Unterschied zum vorigen Beispiel liegt darin, dass hier durch die Nebenbestimmung nicht in erster Linie der Gemeinde eine Einnahmequelle eröffnet, sondern vor allem die Voraussetzung geschaffen werden soll, die zur Genehmigung nach dem Wohnsiedlungsgesetz erforderlich ist, nämlich die Geeignetheit der fraglichen Grundstücke zur Besiedlung. Erklärt sich der Antragsteller zur Übernahme der Nachfolgelasten für die Aufschliessung des Siedlungsgebietes bereit, so steht fest, dass sich die Gemeinde möglicherweise nicht nur auf einzelne, ungenügende und deshalb meist unwirtschaftliche Aufwendungen für Strassen, Versorgungsleitungen, Entwässerungsanlagen, Schulversorgung, Polizei- und Feuerschutz zu beschränken hat. Damit aber entfällt gemäss den §§ 6 Ziff. 2 und 3 Abs. 2 des Wohnsiedlungsgesetzes die Ungeeignetheit eines Gebietes als Wohn- oder Siedlungsfläche, es entfällt der Versagungsgrund für die Wohnsiedlungsgenehmigung. Als Nebenbestimmung zum Zwecke der Sicherstellung der Voraussetzungen für den gewährenden Akt ist die genannte Bedingung deshalb zulässig.

1) Herb. Krüger, DVBl. 1955, S. 520; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 250.

2) vgl. OLG Celle, MDR 1953, S. 676/677.

3) vgl. BVerfGE 4, S. 62.

4) Verordnung über Garagen und Einstellplätze vom 17.2.1939, RGBl. I S. 219.

5) vgl. Forsthoff, Lehrbuch, S. 267.

6) Gesetz über die Aufschliessung von Wohnsiedlungsgebieten i.d.F. vom 27.9.1938, RGBl. I S. 1246; vgl. jetzt die §§ 19 ff. Bundesbaugesetz vom 29.6.1960, BGBl. I S. 341.

Als Ergebnis zeigt sich damit, dass Nebenbestimmungen, die in einem sachlichen Zusammenhang mit den Gewährungen stehen, mit denen sie gekoppelt sind, keiner gesetzlichen Grundlage bedürfen, wenn die Verwaltung über die Gewährung selbst frei entscheiden kann.

4. Das Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes im besonderen Gewaltverhältnis.

Im Hinblick auf die besonderen Gewaltverhältnisse stellt sich heute weniger das Problem, ob die im Rahmen solcher Abhängigkeitsverhältnisse von der Verwaltung erbrachten Leistungen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, als vielmehr, ob nicht wenigstens die hierin vorgenommenen Eingriffe in die Freiheit oder das Eigentum der Gewaltunterworfenen eine gesetzliche Ermächtigung voraussetzen. Wird das Erfordernis eines Gesetzes für die Leistungen verneint, für die Eingriffe aber grundsätzlich bejaht, so taucht sofort das weitere Problem auf, ob nicht bei gleichzeitiger Vornahme von Gewährungen und Eingriffen innerhalb besonderer Gewaltverhältnisse die Belastung durch die Eingriffe von der Begünstigung durch die Leistungen aufgewogen wird, und ob nicht deshalb in diesen Fällen auch für die Eingriffe das Erfordernis eines Gesetzes entbehrlich ist.

Bedenkt man einerseits, dass in der Weimarer Zeit und erst recht vorher die Meinung herrschend war 1), und auch heute noch namhafte Gelehrte 2) sich zu der Ansicht bekennen, der Grundsatz, wonach Eingriffe in Freiheit oder Eigentum nur aufgrund eines Gesetzes zulässig sind, gelte für die besonderen Gewaltverhältnisse nicht, und steht andererseits fest, dass selbst im allgemeinen Gewaltverhältnis für Gewährungen eine gesetzliche Grundlage nicht notwendig ist, dann kann mit gutem Grund davon ausgegangen werden, dass im besonderen Gewaltverhältnis jedenfalls die Leistungen der Verwaltung auch ohne gesetzliche Ermächtigung ergehen können. Die Verwaltung ist nämlich bei Gewährungen im besonderen Gewaltverhältnis in gleicher Weise an jene Schranken gebunden, an die sie sich bei Gewährungen im allgemeinen Gewaltverhältnis zu halten hat. Hinsichtlich des Vorrangs des Gesetzes ist dies infolge Art. 20 Abs. 3 GG unbestritten. Ebenso ist unzweifelhaft, dass auch die anerkannten Rechtsgrundsätze des Verwaltungshandelns bei Leistungsakten im besonderen Gewaltverhältnis als Schranken zu beachten sind, da es sich auch bei der Verwaltung im Rahmen besonderer Gewaltverhältnisse um hoheitliche Verwaltung handelt. Die Geltung des Vorrangs der Verfassung allerdings, insbesondere die Geltung der Grundrechte wird im Bereich der besonderen Gewaltverhältnisse vielfach bestritten. Da nun aber für die Leistungsverwaltung lediglich das Grundrecht der Gleichheit eine massgebliche Rolle spielt,

-
- 1) O. Mayer, Verwaltungsrecht, Bd. 1, S. 101 ff., Bd. 2, S. 284 ff.; Fleiner, Institutionen, S. 165 ff.; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 122, 514.
 2) Forsthoff, Lehrbuch, S. 116; Friesenhahn, Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 2, S. 245, 249 ff.

während alle anderen im Grundrechtskatalog des Grundgesetzes verankerten Grundrechte ausschliesslich vor Eingriffen in die Sphäre des Bürgers schützen sollen, braucht hier nur die Geltung des Gleichheitssatzes im besonderen Gewaltverhältnis nachgewiesen zu werden. Das aber fällt angesichts des Art. 1 Abs. 3 GG nicht schwer. Ist die vollziehende Gewalt schlechthin an die im Grundgesetz genannten Grundrechte gebunden, dann gilt dies im besonderen Gewaltverhältnis jedenfalls für die Grundrechte, die nicht mit einem ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt versehen sind, ausnahmslos wie im allgemeinen Gewaltverhältnis. Wenn also der Gleichheitssatz in Art. 3 GG als Grundrecht unbeschränkbar gewährleistet ist, muss er auch im besonderen Gewaltverhältnis von der Verwaltung beachtet werden 1). Gegen die Auffassung, wonach dann, wenn Gewährungen nicht von der allgemeinen Staatsgewalt, sondern von einer besonderen Gewalt ausgehen, diese Gewährungen keiner gesetzlichen Grundlage bedürfen, bestehen damit keine Bedenken.

Dagegen kann der Satz, dass im besonderen Gewaltverhältnis auch für Eingriffe in die Freiheits- und Eigentumssphäre des Bürgers der Vorbehalt des Gesetzes keine Anwendung finde, grundsätzlich nicht mehr anerkannt werden. Der Schutz, den das Rechtsstaatsprinzip durch die generelle Forderung der Abhängigkeit aller staatlichen Eingriffe von einem Gesetz bietet, wäre wirkungslos, wollte man von dieser Forderung im Bereich der besonderen Gewaltverhältnisse eine generelle Ausnahme zulassen. Die Notwendigkeit des Erfordernisses eines Gesetzes bei Eingriffen versteht sich von selbst für die Fälle, in denen der einzelne in das besondere Gewaltverhältnis gezwungen wird, wie etwa der Strafgefangene, der Volks- und Berufsschüler oder der Wehrpflichtige. Hier darf sowohl der Verpflichtungsauspruch zur Einordnung in das besondere Abhängigkeitsverhältnis (Strafurteil, Gestellungsbefehl) als auch jeder einzelne im Rahmen des Abhängigkeitsverhältnisses getroffene Akt, soweit er sich als weiterer Eingriff in Freiheit oder Eigentum darstellt, nur aufgrund eines Gesetzes ergehen. Deshalb ist zum Beispiel auch eine körperliche Züchtigung der Volksschüler durch ihre Lehrer rechtswidrig, da in keinem Land der Bundesrepublik ein Gesetz erlassen ist, aus dem sich ein Recht der Lehrer hierzu ableiten liesse 2).

1) Forsthoff, Lehrbuch, S. 117; Herb. Krüger, NJW 1953, S. 1373; VGH Stuttgart, Karlsruher Senat, DÖV 1958, S. 498; im Ergebnis ebenso: Maunz, Staatsrecht, S. 114; Partsch, Verfassungsprinzipien und Verwaltungsinstitutionen, Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart, Heft 221, 1958, S. 26 f.

2) Das Verbot der körperlichen Züchtigung durch die Lehrer ergibt sich daneben auch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und 3 GG (Eingriff in die körperliche Unversehrtheit); vgl. hierzu Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 2, Randnr. 42 ff., S. 102 ff.

Aber auch in den Fällen, in denen der einzelne nicht durch Zwang, sondern auf eigenen Antrieb in das besondere Gewaltverhältnis gelangt, ist er überwiegend auf den Schutz angewiesen, den das rechtsstaatliche Prinzip vom Vorbehalt des Gesetzes bei Eingriffen in die Eigensphäre gewährt. Es ist nicht so, wie es in der bisherigen Lehre immer dargestellt wurde 1), dass der Gewaltunterworfenen, wenn es ihm freisteht, sich in das besondere Gewaltverhältnis zu begeben oder nicht, stets freiwillig in den Hoheitsbereich der Verwaltung eintritt, damit freiwillig auf den allgemeinen Freiheitsstatus verzichtet und sich den Pflichten und Beschränkungen des besonderen Gewaltverhältnisses unterwirft. Nicht bei allen besonderen Gewaltverhältnissen kann die Freistellung vom Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes auf den Grundsatz "*volenti non fit iniuria*" gestützt werden. Vielmehr ist genau zu unterscheiden, ob beim Eintritt in das Gewaltverhältnis eine echte Freiwilligkeit vorliegt oder nicht 2).

Immer wenn ein Hoheitsträger durch die Bildung eines besonderen Gewaltverhältnisses eigene, d. h. öffentliche Zwecke verfolgt, wird der Gewaltunterworfenen, der sich in das Gewaltverhältnis begibt, nicht eine auch nach innen völlig freie Entscheidung treffen; denn in diesen Fällen werden im Rahmen des besonderen Gewaltverhältnisses vom Hoheitsträger stets Massnahmen gegen den Gewaltunterworfenen erlassen werden, die über diejenigen hinausgehen, die der Gewaltunterworfenen als zur Erreichung seiner mit der Unterwerfung verfolgten Zwecke erforderlich erachtet. So unterwerfen sich beispielsweise der Berufssoldat, der Beamte oder Student nur deswegen den Hoheitsträgern Staat oder Gemeinde, weil sie dadurch die von ihnen erstrebte Lebensstellung ausüben oder erreichen können. Nur weil die Hoheitsträger ein Beamten- und ein Ausbildungsmonopol besitzen und weil deshalb die Gewaltunterworfenen anderweitig ihr Ziel nicht erreichen können, also notgedrungen und nicht freiwillig lassen sie sich auch die Eingriffe gefallen, die ihnen dadurch erwachsen, dass der Hoheitsträger ebenfalls einen bestimmten Zweck mit der Begründung des Gewaltverhältnisses verfolgt, nämlich den Zweck, über eine schlagkräftige Truppe und über einen beweglichen Verwaltungsapparat verfügen zu können, sowie den akademischen Nachwuchs nutzbringend auszubilden. Nur weil sie unter einem gewissen Druck stehen und andernfalls auf ihre Stellung verzichten müssten, nehmen Berufssoldat und Beamter eine Versetzung in Kauf; nur weil andernfalls ihre Kenntnisse nicht anerkannt werden, unterwerfen sich die Studenten den Prüfungen.

Da es bei dieser Art besonderer Gewaltverhältnisse damit zwar dem Gewaltunterworfenen nach aussen hin freisteht sich zu unterwerfen, er aber auf die Einordnung

1) statt aller Forsthoff, Lehrbuch, S. 116 f.

2) ebenso Thieme, DÖV 1956, S. 524; vgl. zum folgenden auch Bachof,

VVDStRL Heft 12, S. 59.

in das Gewaltverhältnis und auf den Fortbestand des Gewaltverhältnisses angewiesen ist, kann in der Unterwerfung kein Verzicht auf den Schutz vor solchen Eingriffen gesehen werden, die nicht lediglich dazu dienen, um die von seiten des Gewaltunterworfenen erwarteten Leistungen des Hoheitsträgers zu ermöglichen. Bei derartigen Verhältnissen darf deshalb vom Vorbehalt des Gesetzes für Eingriffe nicht abgegangen werden. Er ist, da eine Unterscheidung zwischen belastenden Massnahmen, die nur zur Ermöglichung der vom Gewaltunterworfenen erstrebten Leistungen dienen, und solchen, mit denen Zwecke des Hoheitsträgers verfolgt werden, aus tatsächlichen Gründen schlechterdings nicht vorgenommen werden kann, für jede Art von Eingriffen erforderlich.

Anders verhält es sich mit den besonderen Gewaltverhältnissen, die nicht nur nach aussen, sondern in jeder Beziehung freiwillig begründet werden. Es handelt sich in der Hauptsache nur um diejenigen Gewaltverhältnisse, insbesondere Anstaltsverhältnisse, bei denen der Staat oder ein sonstiger Hoheitsträger - wie sich gerade aus der absoluten Freiwilligkeit des Eintritts ergibt - nicht seinerseits mit der Begründung des Gewaltverhältnisses einen bestimmten Zweck erreichen will, sondern das besondere Gewaltverhältnis nur begründet, die Anstalt nur zur Verfügung stellt, um den Bürgern die Möglichkeit zu bieten, ihre eigenen, vom Staat oder sonstigen Hoheitsträger allerdings gebilligten, für wertvoll gehaltenen und deshalb geförderten Zwecke zu erreichen. Man wird beispielsweise eine Badeanstalt oder ein Museum dazu zählen können. Auch bei dieser Gruppe besonderer Gewaltverhältnisse sind eingreifende Massnahmen notwendig, allerdings zwar nur, um die erforderliche Ordnung in der Anstalt aufrechtzuerhalten und die Sicherung des Anstaltsbetriebes zu gewährleisten ¹⁾, also nur zu dem Zweck, um Hindernisse aus dem Weg zu räumen, die die Leistungen des Gewaltträgers vereiteln würden.

Hier zeigt sich deutlich die Parallele zu den Grundsätzen, die wir für die Kopplung von Gewährungen der Verwaltung mit Auflagen entwickelt haben. Da auch bei einem auf völliger Freiwilligkeit begründeten besonderen Gewaltverhältnis die Begünstigung des Gewaltunterworfenen durch die ihm gebotene Leistung an Umfang stets grösser ist als eine durch einen Eingriff hervorgerufene Belastung, wäre es auch hier als Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismässigkeit anzusehen, wollte man das Mehr an Begünstigung lediglich deshalb versagen, weil es durch ein Weniger an Belastung vermindert ist, und dieses Weniger für sich allein ohne gesetzliche Grundlage nicht ergehen dürfte. Man wird folglich aus diesem Grunde immer dann, aber auch nur dann Eingriffsakte im Rahmen eines besonderen Gewaltverhältnisses ohne gesetzliche Grundlage als zulässig erachten müssen, wenn es sich einmal um ein Gewaltverhältnis handelt, das auf völliger Freiwilligkeit des Eintretenden beruht, und des weiteren nur um solche Eingriffsakte, die in

1) vgl. Thieme, DÖV 1956, S. 525.

sachgerechter Weise ausschliesslich dem Zweck der negativen Gefahrenabwehr dienen, also dem Zweck der Ausräumung von Hindernissen für die im Rahmen des besonderen Gewaltverhältnisses zu gewährenden Leistungen.

DRITTER ABSCHNITT.

DAS PRINZIP VOM VORBEHALT DES GESETZES BEI RECHTSETZUNGSAKTEN IM BEREICH DER LEISTUNGSVERWALTUNG.

Bedürfen leistungsgewährende konkrete Einzelakte im allgemeinen keiner gesetzlichen Ermächtigung, so ist damit nicht auch gesagt, dass für untergesetzliche, von der Verwaltung erlassene gewährende abstrakt-generelle Normen das nämliche gilt.

Bevor nachgeprüft wird, inwieweit diese Normen heute von förmlichen Gesetzen abhängig sind, ist auch hier zunächst die These zu wiederholen, welche die bisher herrschende Auffassung über die Geltung des Grundsatzes der Gesetzmässigkeit in Hinblick auf abstrakte Rechtsnormen wiedergibt:

Jede abstrakte Rechtsnorm der Verwaltung, die in Freiheit oder Eigentum des Bürgers eingreift, bedarf einer Ermächtigung entweder in einem formellen Gesetz oder in einem höherrangigen materiellen Gesetz, das sich auf ein formelles Gesetz zurückführen lässt 1).

Demnach ist die rechtssatzmässige Regelung von Leistungen der Verwaltung genauso wie der Erlass von Einzelakten nicht von vornherein an eine gesetzliche Ermächtigung gebunden; denn eine derartige Regelung greift nicht in Freiheit oder Eigentum des Bürgers ein. Ob es bei dieser Ungebundenheit der abstrakten Rechtsnormen unter der Herrschaft des Grundgesetzes geblieben ist, soll im folgenden beantwortet werden, und zwar, da sich dies als zweckmässig erweist, getrennt für die Rechtsverordnungen und für die Satzungen der Selbstverwaltungskörperschaften.

I. Der Erlass von Rechtsverordnungen.

Den Erlass von Rechtsverordnungen, die die Hauptmasse abstrakter untergesetzlicher Rechtsnormen ausmachen, hat das Bonner Grundgesetz in Art. 80, der eine nähere Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips und der Gewaltenteilungslehre darstellt, ausdrücklich geregelt. Nach Abs. 1 Satz 1 können die Bundesregierung,

1) vgl. oben S. 21.

ein Bundesminister oder die Landesregierungen durch Gesetz ermächtigt werden, Rechtsverordnungen zu erlassen. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass die Verwaltung - auch die Regierung gehört als Spitze der Exekutive zur Verwaltung 1) - schlechthin nur dann Rechtsverordnungen setzen kann, wenn eine Ermächtigung in einem förmlichen Gesetz vorliegt. Freilich braucht nicht stets eine unmittelbare Ermächtigung durch formelles Gesetz gegeben zu sein, sie kann sich auch in einer höherrangigen Rechtsverordnung finden, die allerdings ihrerseits wiederum eine entsprechende Grundlage in einem förmlichen Gesetz benötigt. Dies folgt aus Art. 80 Abs. 1 Satz 4 GG, der eine Subdelegation des Rechtsetzungsrechts zulässt, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist.

Da heute auch in den Landesverfassungen dem Art. 80 GG entsprechende Vorschriften verankert sind 2), hat der Satz, dass Rechtsverordnungen der Verwaltung nur aufgrund eines Gesetzes ergehen können, allgemein Gültigkeit 3). Er bezieht sich auf jede Rechtsverordnung, auf jede Norm, die generelle Verhaltensregeln aufstellt 4). Es kann deshalb keinem Zweifel unterliegen, dass Rechtsverordnungen nicht nur dann, wenn sie in Eigentum oder Freiheit des Bürgers eingreifen, sondern auch dann, wenn in ihnen Leistungen zugunsten der Bürger normiert werden, an den Vorbehalt des Gesetzes gebunden sind 5).

Ebenso wird wegen der Erfassung auch der Leistungsverwaltung durch Art. 80 GG an die Übertragung des Rechts zur Setzung von Rechtsnormen auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung einhellig die Forderung gestellt, dass Inhalt, Zweck und Ausmass der erteilten Ermächtigung im Gesetz bestimmt werden müssen. Diese Grenzen gelten damit nicht nur für die Ermächtigung zur Normierung von Eingriffen in Freiheit oder Eigentum, sondern auch für die Ermächtigung zur rechtsatzmässigen Regelung von Leistungen einschliesslich der Voraussetzungen für ihre Gewährung 6). Sie ergeben sich bezüglich Rechtsverordnungen, zu denen der Bundesgesetzgeber ermächtigt, unmittelbar aus Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG. Für die Übertragung von Rechtsetzungsrechten durch die Landesgesetzgeber kommt

-
- 1) vgl. BVerwGE 4, S. 24/28; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Anm. VI 4 b zu Art. 20.
 - 2) vgl. Art. 61 Bad.-WürttVerf.; Art. 55 Nr. 2 BayVerf.; Art. 53 HambVerf.; Art. 118 HessVerf.; Art. 34 NiedersachsVerf.; Art. 70 Nordrh.-WestfVerf.; Art. 106 SaarlVerf.; Art. 33 Schl.-HolstVerf.; nicht so klar jedoch Art. 110 Rhelnl.-PfalzVerf.
 - 3) Eine Ausnahme lässt allerdings das Grundgesetz in Art. 119 selbst zu.
 - 4) Hamann, Grundgesetz, Anm. C 3 zu Art. 80, S. 299.
 - 5) Obermayer, DVBl. 1959, S. 355 mit Fussn. 7; BVerfGE 1, S. 14/60 = NJW 1951, S. 877 ("Rechtsverordnungen jeder Art").
 - 6) Bachof, JZ 1956, S. 36; Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 43.

man zu diesen Beschränkungen entweder durch Anwendung des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 über Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG - wobei man unter "Gesetz" im Sinne des Art. 80 GG auch die Landesgesetze versteht 1) - oder durch unmittelbare Ableitung aus dem Rechtsstaats- und Gewaltenteilungsgrundsatz 2).

Die notwendige Grenzziehung nach Inhalt, Zweck und Ausmass bei Ermächtigungen zu Rechtsverordnungen soll den Gesetzgeber dazu zwingen, der Verwaltung bereits ein gewisses Programm vorzuzeichnen, zu dessen Ausgestaltung diese dann in der Rechtsverordnung verpflichtet oder berechtigt ist. Die eigentliche Entscheidung, die dem Willen des Volkes entsprechen muss, hat der Gesetzgeber in seiner Ermächtigung, nicht erst die Verwaltung bei ihrer Ausfüllung zu treffen 3). Dem Staatsbürger soll, was den Bereich der Leistungsverwaltung anbelangt, durch die Festlegung von Inhalt, Zweck und Ausmass der Rechtsverordnung die Möglichkeit gegeben werden, die Leistungen, die ihm die Verwaltung aufgrund der Gesetze zu gewähren hat, im voraus zu berechnen und bei seinen Dispositionen einzukalkulieren.

Aus diesem Grunde müssen auch Rechtsverordnungen in dem Umfang, in dem durch sie für die Verwaltungsbehörden die Verpflichtung zur Vergabe von Leistungen begründet wird, ihrerseits in sich bestimmt sein und selbst ein gewisses Mass an sachlicher Regelung enthalten 4). Sie müssen, wenn sie zum Erlass von Leistungsgewährenden Verwaltungsakten verpflichten, diese Verpflichtung nach Inhalt, Zweck und Ausmass näher bestimmen. Rechtsverordnungen dagegen, in denen eine Regelung getroffen wird, wonach Verwaltungsbehörden nicht Leistun-

1) so Maunz, Staatsrecht, S. 194; derselbe in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 80, Randnr. 19, S. 10; Franz Mayer, Normsetzungsermächtigung und Normsetzungsverfahren, BVBl. 1958, S. 294.

2) so BayVerfGH, bayVGh n.F. 1 II 81/91 und 3 II 28/45 = DÖV 1950, S. 470; BVerfGE 1, S. 14/59 f. = NJW 1951, S. 877; VGh Stuttgart, VerwRspr. 9, S. 980; Klein, Verordnungsermächtigungen nach deutschem Verfassungsrecht, in: Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., Bd. 12, 1952, S. 50; Haueisen, Öffentlichrechtliche Vorfragen im Zivilprozess, NJW 1953, S. 122, Fussn. 8; Nawiasky-Lechner, Die Verfassung des Freistaates Bayern, Ergänzungsband 1953, Anm. zu Art. 51 Ziff. 2 Sätze 2 und 3, S. 51; Ule, Staats- und Verwaltungswissenschaftliche Beiträge, S. 153; vgl. auch Masson, Ortsrecht und Verfassung, BVBl. 1958, S. 306.

3) Maunz in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 80, Randnr. 13, S. 8; Forsthoff, Lehrbuch, S. 124; Hamann, Grundgesetz, Anm. C 4 zu Art. 80, S. 301; B. Wolff, Die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen nach dem Grundgesetz, AöR Bd. 78, 1952/53, S. 198 ff.

4) vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 98; Forsthoff, Lehrbuch, S. 124 f.

gen erbringen müssen, sondern erbringen können oder dürfen, sind nicht ihrerseits an inhaltliche Mindestbestimmungen gebunden 1). Solche Anforderungen an alle Rechtsverordnungen mit leistungsgewährendem Inhalt zu stellen, wäre nämlich sinnwidrig deshalb, weil die Verwaltung, wenn sie ohne jede gesetzliche Grundlage gewährende Akte erlassen kann, über den von einer Rechtsverordnung gesteckten Rahmen durch Erlass eines Einzelaktes hinausgehen und sich so über ihn hinwegsetzen könnte. Die nähere Umschreibung von Inhalt, Zweck und Ausmass der Ermächtigung zur Vergabe von Leistungen würde sich also als nutzlos erweisen.

Aus dem gleichen Grunde erscheint auch schlechthin der Erlass von Rechtsverordnungen auf dem Gebiet der Leistungsverwaltung nur in wenigen Fällen erforderlich, wie denn auch allgemein die Beobachtung gemacht werden kann, dass Rechtsverordnungen, die Leistungen normieren, in der Regel nicht ergehen. Lediglich wenn die Verwaltungsbehörden zu Gewährungen verpflichtet werden sollen, müssen sie erlassen werden. Vielleicht auch noch dort, wo eine gleichmässige und sozial gerechte Handhabung von Gewährungen in einem bestimmten örtlichen Verwaltungsbereich gesichert werden soll 2). Aber schon hier liesse sich diese Aufgabe ohne Zweifel in gleicher Weise durch eine einfache Verwaltungsvorschrift erfüllen. Erst recht ist in allen übrigen Fällen der Erlass einer Rechtsverordnung nicht veranlasst.

II. Der Erlass autonomer Satzungen.

Die öffentlichrechtlichen Satzungen, die von selbständigen, dem Staate eingeordneten Verbänden, insbesondere von unterstaatlichen Körperschaften wie den Gemeinden zur Regelung ihrer eigenen Angelegenheiten erlassen werden, sind wie die Rechtsverordnungen abstrakte generelle Rechtssätze. Man hätte meinen sollen, dass deshalb auch für deren Erlass im Grundgesetz bestimmte Vorausset-

1) Der Satz, wonach die Vorschrift des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG ebenfalls auf Vorschriften (Gesetze und Rechtsverordnungen) anzuwenden sei, die die Verwaltung zum Erlass von Verwaltungsakten ermächtigen, wurde in erster Linie nur bezüglich belastender Verwaltungsakte ausgesprochen, vgl. BayVerfGH, bayVGh n.F. 1 II 81/91, 7 II 113/119 f.; BVerwGE 2, S. 114/116; BVerwGE 4, S. 24/35 f., 38 f.; BVerfGE 8, S. 274/325 f. = DVBl. 1959, S. 171 = NJW 1959, S. 475 = MDR 1959, S. 183; Maunz in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 80, Randnr. 22, S. 12; Wintrich, Die Rechtsprechung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 4, 1953, S. 165.

2) vgl. Bachof, JZ 1956, S. 36.

zungen festgelegt würden. Das ist jedoch nicht geschehen.

Keinesfalls können die Satzungen der Selbstverwaltungskörperschaften mit den Rechtsverordnungen im Sinne des Art. 80 GG gleichgesetzt werden, auch wenn beide manche Eigenschaft gemeinsam haben, wie etwa die Eigenschaft als Gesetz im materiellen Sinn. Die Satzungen bilden auch keine Untergruppe der Rechtsverordnungen. Allein der Wortlaut des Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG, der die Ermächtigungsadressaten erschöpfend aufzählt, lässt eindeutig darauf schliessen, dass hier Ermächtigungen zu Satzungen nicht gemeint sind. Die gleichen Anforderungen, die Art. 80 GG an den Erlass von Rechtsverordnungen stellt, auch für den Erlass von Satzungen gelten zu lassen, verbietet sich daher 1).

An anderen Stellen des Grundgesetzes ist ebensowenig eine allgemeine Regelung des Rechts zum Erlass autonomer Satzungen zu finden. Nur die spezielle Befugnis der Gemeinden und Gemeindeverbände zum Satzungserlass ist in Art. 28 Abs. 2 GG verankert. Zwar ist diese Autonomie der Gemeinden nach herrschender Meinung nicht in dem durch Art. 28 Abs. 2 GG in erster Linie gewährleisteten Selbstverwaltungsrecht enthalten 2), sie muss aber unmittelbar dem Wortlaut des Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG, insbesondere dem Wörtchen "regeln", entnommen werden: "Den Gemeinden muss das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln." Der Ausdruck "regeln" umfasst nicht nur die Entscheidung in Einzelfällen, sondern auch den Erlass allgemeiner Vorschriften 3).

Aus dem Fehlen einer generellen Regelung des Satzungsrechts und der alleinigen Verleihung der autonomen Satzungsgewalt an die Gemeinden kann nun nicht etwa gefolgert werden, dass das Grundgesetz die Verleihung neuer Satzungsbefugnisse nicht gestattet 4). Man wird vielmehr annehmen müssen, dass der Grundgesetzgeber eine generelle Regelung der autonomen Satzungsbefugnisse entwe-

1) Hamann, Autonome Satzungen und Verfassungsrecht, 1958, S. 64; Maunz in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 80, Randnr. 31, S. 14 f.

2) BVerwGE 6, S. 247/249 f., 252 = NJW 1958, S. 960 = DÖV 1958, S. 581; Hamann, Autonome Satzungen, S. 21; Forsthoff, Lehrbuch, S. 420.

3) BVerwGE 6, S. 247/252; BayVerfGH, BVBl. 1960, S. 185/186; Hamann, Grundgesetz, Anm. C 8 zu Art. 28, S. 202; derselbe, Autonome Satzungen, S. 21; v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz, Anm. IV 1 c zu Art. 28, S. 707; Masson, Gemeindeaufgaben im Schutz der Verfassung, BVBl. 1958, S. 198, Fussn. 31; derselbe, BVBl. 1958, S. 306; Maunz in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 80, Randnr. 32, S. 15; a. A. wohl Wernicke im Bonner Kommentar, Erl. II 2 b zu Art. 28.

4) so allerdings Hamann, Autonome Satzungen, S. 69.

der absichtlich oder versehentlich 1) nicht vorgenommen hat, woraus sich ergäbe, dass das Grundgesetz autonome Rechtsetzungsbefugnisse jedenfalls nicht verbietet.

Da darüber hinaus aber in dieser Hinsicht dem Grundgesetz nichts entnommen werden kann, ist zur Feststellung der Voraussetzungen für den Erlass autonomer Satzungen auf den Begriff der Autonomie selbst zurückzugreifen. Unter Autonomie versteht man ein Rechtsetzungsrecht, das nicht originär, sondern vom Staat abgeleitet ist, das also den Selbstverwaltungskörperschaften besonders verliehen werden muss. Autonomie ist die Befugnis, eigenes, d.h. nichtstaatliches, wenn auch vom Staate anerkanntes Recht zu setzen, eine Befugnis, die nicht in strenger Abhängigkeit vom Staate ausgeübt wird und die deshalb generell verliehen werden kann 2).

Allein aus diesen Merkmalen ist bereits zu schliessen, dass die autonomen Satzungen in der Regel keiner speziellen Ermächtigung bedürfen. Das gilt zumindest dann, wenn durch die Satzungen nicht in Freiheit oder Eigentum des Staatsbürgers eingegriffen wird 3), eine Voraussetzung, die bei leistungsgewährenden Satzungen erfüllt ist. Bei ihnen genügt also die einmalige allgemeine Verleihung des Satzungsrechts an die jeweilige Selbstverwaltungskörperschaft. Da durch diese Verleihung der Satzungsbefugnis der Rechtskreis Dritter berührt wird, nämlich der Personen, die künftig der Satzungsgewalt der Selbstverwaltungskörperschaft unterworfen sind, hat die Verleihung stets durch formelles Gesetz oder vom Gesetz abgeleitete Rechtsverordnung zu erfolgen 4). Regelmässig wird denn auch die ausdrückliche Verleihung durch Gesetz ausgesprochen, und zwar entweder, wenn ein einzelner autonomer Verband errichtet wird, der als solcher gesetzlich noch nicht

1) vgl. Haas, Landesverordnungen auf Grund bundesgesetzlicher Ermächtigung, DVBl. 1954, S. 241.

2) Peters, Die Satzungsgewalt innerstaatlicher Verbände, HdBDStR Bd. 2, S. 264 ff., 270 f.; derselbe, Lehrbuch, S. 287, 288 mit Fussn. 13; Klein, Die Übertragung rechtsetzender Gewalt nach deutschem Verfassungsrecht, in: Übertragung rechtsetzender Gewalt im Rechtsstaat, Wissenschaftliche Schriftenreihe des Instituts zur Förderung öffentlicher Angelegenheiten e.V., Bd. 12, 1952, S. 109 f., 117; W. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 131; Forsthoff, Lehrbuch, S. 129 f., 420; v. Turegg, Lehrbuch, S. 66; BVerwGE 6, S. 247/249 f. = NJW 1958, S. 960 = DÖV 1958, S. 581.

3) Für Eingriffssatzungen wird eine besondere gesetzliche Ermächtigung zu fordern sein. Ebenso Forsthoff, Lehrbuch, S. 420 f.; Helmreich-Widtmann, Bayerische Gemeindeordnung, Anm. 2 zu Art. 24, S. 188; Masson, BVBl. 1958, S. 306; BVerwGE 6, S. 247/250.

4) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 102.

vorgesehen ist, in dem die Errichtung vornehmenden Gesetz, oder, wenn eine konkrete juristische Person des öffentlichen Rechts allein durch ihre Bildung entsteht, weil der entsprechende Typus dieser juristischen Person bereits in gesetzlicher Ausprägung vorhanden ist, in dem diesen Typus allgemein zulassenden Gesetz.

Steht damit fest, dass für den Erlass autonomer Satzungen im Gegensatz zum Erlass von Rechtsverordnungen nur allgemeine, nicht aber spezielle Ermächtigungen erforderlich sind, so ist ohne weiteres auch einzusehen, dass das Erfordernis einer dem Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG entsprechenden Begrenzung nach Inhalt, Zweck und Ausmass für Ermächtigungen zum Erlass von Satzungen ausscheidet 1). Eine derartige Begrenzung ist lediglich denkbar bei speziellen Ermächtigungen, also bei Ermächtigungen, die von vornherein nur die Regelung einzelner, bestimmbarer Tatbestände vorsehen.

Auch wenn eine analoge Anwendung des Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG auf Rechtsnormen, die zum Erlass von autonomen Satzungen ermächtigen, nicht möglich ist, werden trotzdem die Satzungsbefugnisse einer juristischen Person des öffentlichen Rechts niemals unumschränkt sein; denn die Aufgabenbereiche der Selbstverwaltungskörperschaften sind regelmässig in dem sie schaffenden Gesetz festgelegt und ihre Satzungsbefugnisse dann auf diese gesetzlich umschriebenen Aufgabenbereiche beschränkt. Damit wird eine weitgehende Begrenzung der Satzungsbefugnisse erreicht. Sie wird zwar in der Regel nicht den Anforderungen entsprechen, die Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG an Verordnungsermächtigungen stellt 2) - vor allem an einer Inhaltsbestimmung wird es fehlen -, man wird sie aber als dem Rechtsstaatsprinzip genügend ansehen dürfen, weil hier die Rechtsetzungsbefugnisse nicht dem Gewaltenteilungsgrundsatz zuwider auf abhängige Behörden der Exekutive übertragen werden, sondern auf nahezu unabhängige, eigenverantwortliche Selbstverwaltungskörperschaften.

1) ebenso Maunz in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 80, Randnr. 34, S. 16 f.; BVerwGE 6, S. 247/252 f.

2) so allerdings Maunz in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 80, Randnr. 34, S. 17.

SCHLUSSBETRACHTUNG

Mit der Erkenntnis, dass die Leistungsverwaltung zum grösseren Teil, insbesondere beim Erlass gewährender Einzelakte, einer gesetzlichen Grundlage nicht bedarf, kann unsere Untersuchung nicht schliessen. Gerade weil die Verwaltung bei der Gewährung von Leistungen zum Teil ohne den Gesetzgeber auskommen kann, weil hier also zwischen der Verfassung und der Exekutive die "Zwischenstufe des technischen Gesetzes" 1) fehlt, sehen sich Literatur und Rechtsprechung verschiedentlich veranlasst, den Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung nicht mehr, wie es zur Zeit der bloss "vollziehenden Verwaltung" die Regel war, nur auf die Gesetzesebene im technischen Sinn, also auf das einfache Gesetz zu beziehen, sondern auch unmittelbar auf das Verfassungsgesetz, die Verfassung selbst. Mag es auch nicht ganz korrekt sein, in diesem Fall, da es sich um die Verfassungsmässigkeit der Verwaltung handelt, von Gesetzmässigkeit zu sprechen, so soll doch der dann notwendigerweise aufzuwerfenden Frage noch nachgegangen werden, worin die verfassungsrechtliche Legitimation der Verwaltung zur Vergabe von Leistungen zu sehen ist.

Im Bonner Grundgesetz, insbesondere in den Gesetzgebungskatalogen der Art. 73 ff., aber auch in den einzelnen Verfassungen der Länder finden sich zahlreiche Tatbestände, aus denen sich für einzelne, speziell begrenzte Materien Ermächtigungen für die Leistungsverwaltung ableiten lassen. Diese Einzelermächtigungen reichen aber bei weitem nicht aus, all die Massnahmen zu decken, die heute von der Verwaltung in Form von Begünstigungen, Gewährungen und Leistungen getroffen werden, und zu deren Vornahme die Verwaltung im allgemeinen als berechtigt angesehen wird oder sogar angesehen werden muss. Man hat deshalb nach einer verfassungsrechtlichen Generalklausel gesucht und zu einer solchen mit Recht das Sozialstaatsprinzip erhoben.

Im Wortlaut des Grundgesetzes ist der Begriff "Sozialstaat" als solcher nicht zu finden. Nur das Adjektiv "sozial" steht in den Art. 20 und 28 als Attribut vor den Begriffen "Bundesstaat" und "Rechtsstaat". Man wird aber heute davon ausgehen können, dass mit diesen Formulierungen "sozialer Bundesstaat" und "sozialer Rechtsstaat" weniger eine nähere Umschreibung der Begriffe "Bundesstaat" und "Rechtsstaat" beabsichtigt war, als vielmehr, dass selbständig ein Bekenntnis zu einem sozialen Staat, den Sozialstaat, ausgesprochen werden sollte.

Was aber ist nun ein sozialer Staat? Es ist Menger darin beizupflichten, dass es drei Grundbedeutungen für das aus dem Lateinischen stammende Wort "sozial" gibt: Einmal eine ontologische mit dem Sinngehalt des "Zusammenseins mit

1) Dürig, JZ 1953, S. 195; vgl. auch Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 51.

einem oder mehreren", dann eine ethische, die auf die gegenseitige Rücksichtnahme abstellt, die jedes Zusammenleben erfordert, und schliesslich eine politische Wortbedeutung, welche sich bezieht auf das Wohlergehen des einzelnen in der Gemeinschaft. Menger bezeichnet diese drei Grundbedeutungen mit den Stichworten "Zusammenleben", "Rücksichtnahme" und "Daseinsvorsorge" 1).

Bei der Frage, welche dieser drei Bedeutungen dem Begriff des Sozialstaats zugrunde gelegt ist, muss die erste, ontologische ausgeschieden werden, da sie in Verbindung mit dem Wort "Staat" kaum mehr als einen Pleonasmus enthielte 1). Menger, der die dritte, politische mit der Begründung ablehnt, sie habe "in der Bundesrepublik eine echte, d. h. wohlfahrtsstaatliche Verwirklichung nicht gefunden" 2), zieht die zweite, ethische Wortbedeutung heran, und kommt damit über das Element der gegenseitigen Rücksichtnahme zu einer Charakterisierung des sozialen Rechtsstaats als "Gerechtigkeitsstaat" 3).

Gegen die Auffassung vom "Gerichtigkeitsstaat" ist mit Recht eingewandt worden, dass sie zu wenig besage; Gerechtigkeitsstaat sei schon der Rechtsstaat, und wenn der Sozialstaatserklärung nicht mehr Bedeutung beigelegt werde, dann wäre sie schlechthin bar jeden konkreten juristischen Gehalts, was man von einer Verfassungsnorm nicht ohne zwingenden Grund annehmen dürfe 4). Man wird deshalb doch auf die dritte, politische Bedeutung des Wörtchens "sozial" zurückgreifen müssen, um den Begriff "sozialer Staat" klar zu erfassen. Der von Menger angeführte Grund für die Ablehnung dieser Wortbedeutung erscheint auch nicht zwingend. Wenn nämlich Menger meint, der Begriff "sozialer Staat" könne nicht in dem Sinne aufgefasst werden, dass der Staat auf das Wohlergehen des einzelnen in der Gemeinschaft bedacht sein solle, weil das Grundgesetz, insbesondere dessen Grundrechtskatalog, unseren Staat nicht als einen Wohlfahrtsstaat angelegt habe 5), so kann dem entgegengehalten werden, dass vielleicht gerade die Sozial-

1) Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, S. 24.

2) Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, S. 24, unter Hinweis auf Flume, Diskussionsbeitrag in VVDStRL Heft 10, S. 157 und Werner Weber ebenda, S. 164 f.

3) ähnlich Gerber, Die Sozialstaatsklausel des Grundgesetzes, AöR Bd. 81, 1956, S. 36 f.; Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, 1957, S. 28; E.R. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Bd. 2, S. 636; Peters, Die freie Entfaltung der Persönlichkeit als Verfassungsziel, in: Festschrift für Rudolf Laun, 1953, S. 677.

4) Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 39 f.; ähnlich Fechner, Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, 1953, S. 7, Fussn. 13.

5) Menger, Der Begriff des sozialen Rechtsstaats im Bonner Grundgesetz, S. 20, 24.

staatserklärung vom Grundgesetzgeber dazu ausersehen war, die Bundesrepublik als Wohlfahrtsstaat, gleich welcher Prägung, zu schaffen.

Die Verankerung der Sozialstaatsklausel im Grundgesetz kann in Auslegung des Wortes "sozial" nach seiner politischen Bedeutung nur aufgefasst werden als eine Entscheidung über die Zuständigkeit und Aufgabe des Staates, in die Sozialordnung und damit auch in die Wirtschaftsordnung gestaltend und nicht nur streitschlichtend einzugreifen 1). Mit dem *laisser-faire*-Prinzip soll gebrochen sein und der Staat aus der Rolle des reinen Rechtsbewahrstaates befreit werden 2). Der Staat ist berufen zur Beseitigung und zum Ausgleich der natürlichen Unterlegenheit der wirtschaftlich, gesundheitlich, kulturell oder sonstwie Gefährdeten und Schwachen, ist berufen, den schädlichen Auswirkungen der modernen Technisierung, Industrialisierung und Vermassung entgegenzuwirken, kurz gesagt, er ist berufen, nicht nur zur Herstellung und Wahrung einer allgemeinen Gerechtigkeit, sondern zur Herstellung und Wahrung der "sozialen Gerechtigkeit" 3).

Soll dieser Inhalt der Sozialstaatsklausel zum Tragen kommen, dann genügt es nicht, in ihr bloss einen unverbindlichen, an den Gesetzgeber gerichteten Programmsatz oder auch nur eine allgemeine Auslegungsregel zu sehen 4). Vielmehr muss die Erklärung zum Sozialstaat als ein unmittelbar verbindlicher, aktueller Rechtssatz zugunsten der Staatsbürger betrachtet werden, der alle Formen staat-

-
- 1) Ipsen, Enteignung und Sozialisierung, VVDStRL Heft 10, 1952, S. 74; derselbe, Öffentliche Subventionierung Privater, S. 10 = DVBl. 1956, S. 463; Abendroth, Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland, in: Sultan-Abendroth, Bürokratischer Verwaltungsstaat und soziale Demokratie, 1955, S. 101; Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 39; Dürig, JZ 1953, S. 196; derselbe, Literaturbesprechung, AöR Bd. 79, 1953/54, S. 258; derselbe in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 1 Abs. 1, Randnr. 52, S. 25; Hamann, BB 1953, S. 865; Krause, Festschrift für Paul Gieseke, S. 10; Torz, DÖV 1958, S. 209, Fussn. 55.
 - 2) Dürig, JZ 1953, S. 196.
 - 3) Nawiasky, Die Grundgedanken des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland, 1950, S. 66; Dürig, JZ 1953, S. 196; Bachof, VVDStRL Heft 10, S. 40 f.; Maunz, Staatsrecht, S. 60.
 - 4) vgl. etwa Forsthoff, VVDStRL Heft 12, S. 16 ff.; v. Mangoldt, Das Bonner Grundgesetz, 1. Aufl., S. 134; Maunz, Staatsrecht, S. 60 f.; Koellreutter, Deutsches Staatsrecht, 1953, S. 256; Wernicke im Bonner Kommentar, Erl. II 1 d zu Art. 20.

licher Gewalt bindet 1).

Erkennt man aber die Sozialstaatsproklamation des Grundgesetzes mit dem hier umschriebenen Inhalt und mit dem Charakter einer Rechtsnorm an, dann ist in der Tat durch sie eine verfassungsrechtliche Grundlage für das Tätigwerden der leistenden Verwaltung gegeben; denn aus dem Sozialstaatsprinzip ergibt sich dann für den Staat unter anderem das Recht und vielfach auch die Pflicht, durch Leistungen die Sozial- und Wirtschaftsordnung zu gestalten, und zwar auch auf solchen Gebieten, auf denen eine Konkretisierung dieser Ermächtigung oder Verpflichtung durch formelles Gesetz nicht vorhanden ist 2).

Keine ausreichende Grundlage bietet die Sozialstaatsklausel allerdings in den Fällen, in denen die Leistungsverwaltung ohne jede interventionistische soziale Absicht tätig wird, was in der Regel jedoch nur dort geschieht, wo die öffentliche Hand Leistungen im Rahmen ihrer erwerbswirtschaftlichen Betätigung gewährt. Für diese Leistungen ist aber eine andere verfassungsrechtliche Ermächtigung gegeben: Die Zulässigkeit der erwerbswirtschaftlichen Betätigung im herkömmlichen Umfang und die Zulässigkeit der damit verbundenen Leistungen lässt sich daraus schliessen, dass das Grundgesetz in seinen Art. 105, 106 und 108 das Vorhandensein von Finanzmonopolen voraussetzt. Wenn nämlich die öffentliche Hand die privatwirtschaftliche Konkurrenz im vollen Umfang ausschliessen darf, muss es ihr erst recht gestattet sein, ohne derartige Ausschliesslichkeitsansprüche als Mitkonkurrentin im Wirtschaftsleben aufzutreten 3). Auch die Vorschriften der Art. 134, 135 GG über den Übergang des vormaligen Reichsvermögens und des Vermögens der früheren Länder beweisen die grundsätzliche Zulässigkeit einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand. Sind nämlich Beteiligungen des Reichs oder ehemaliger Länder an Unternehmen des privaten Rechts nunmehr auf den Bund oder die bestehenden Länder übergegangen, so wird man die Fortsetzung der hierunter fallenden erwerbswirtschaftlichen Unternehmungen als verfassungsrechtlich legitim anzusehen haben. Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand erhält also ihre verfassungsrechtliche Legitimation durch ihre nicht wegzudenkende historisch bedingte Existenz 4).

-
- 1) ebenso BVerfGE 1, S. 97/105; BVerwGE 1, S. 159/161 f.; BAGE 1, S. 128/132 f.; Hamann, Rechtsstaat und Wirtschaftslenkung, S. 27, 56; derselbe, Grundgesetz, Einf. I D 2, S. 31 ff.; E.R. Huber, Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht, DÖV 1956, S. 200 ff.; Scheuner, VVDStRL Heft 11, S. 12; Werner, Die Zuständigkeit des Bundes für ein Bundesbaugesetz, DVBl. 1954, S. 481.
- 2) ebenso Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 43, 63; Hamann, Grundgesetz, Einf. I D 1 c und I D 2, S. 27 und 33.
- 3) Dürig in Maunz-Dürig, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1, Randnr. 52, S. 45.
- 4) so auch Torz, DÖV 1958, S. 209.

Abschliessend bleibt damit festzustellen, dass sich die Leistungsverwaltung auf verfassungsrechtliche Deckungsnormen stützen kann, dass aber eine Zwischenschaltung formeller Gesetze zwischen die Verfassung und die einzelnen Gewährungsakte der Verwaltung grundsätzlich nicht erforderlich ist, da im Bereich der Leistungsverwaltung der Staatsbürger auf die Schutzfunktion des Gesetzes nicht angewiesen ist. Von einer Begrenzung der staatlichen Macht will er hier nichts wissen. Er ist keinesfalls wie im Bereich der Eingriffsverwaltung daran interessiert, das Vorgehen des Staates auf ein Mindestmass zu reduzieren. Im Gegenteil, der Staatsbürger hat es sich zur Gewohnheit gemacht, in jeder schwierigen Situation nach der öffentlichen Hand und ihrer Hilfe zu rufen. Man kann deshalb auf dem Gebiete der Leistungsverwaltung eher die der bisherigen Funktion des Gesetzes widersprechende Beobachtung machen, dass die Verwaltung und nicht der Bürger nach dem schützenden Gesetz verlangt. In der Regel nämlich reichen die Gewährungen der Verwaltung nicht aus, um jeden Bittsteller zu befriedigen; die Summe der Mittel, die der öffentlichen Hand für Leistungen zur Verfügung stehen, ist gewöhnlich geringer als die Summe der begehrten Leistungen. Aus diesem Grund und um sich vor den Wünschen und Forderungen der Bürger retten zu können, braucht die Verwaltung heute das Gesetz. Sie will hinter ihm Deckung suchen und nur solche Leistungen gewähren, zu deren Erbringung sie verpflichtet wird.

Das formelle Gesetz erfüllt also damit auch im Bereich der Leistungsverwaltung einen bestimmten Zweck, allerdings einen anderen als im Bereich der Eingriffsverwaltung. Das Gesetz ist für die Leistungsverwaltung nicht "Schranke des Dürfens", sondern - wie es Menger in Abhänderung dieses bekannten, von Friedrich Julius Stahl geprägten Schlagworts formuliert hat - "Schranke des Müssens", "d.h. das Bis-hierher-und-nicht-weiter, mit welchem der heutigen Tendenz zur Abwälzung der allgemeinen Lebensrisiken auf den Staat gesteuert wird" 1).

1) Menger, Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 3, Halbbd. 2, 1959, S. 734; derselbe, DÖV 1955, S. 588.

L E B E N S L A U F

Als Sohn des damaligen Amtsgerichtsrats Karl Völcker wurde ich, Max Völcker, am 23. August 1932 in Nürnberg geboren. Infolge Versetzung des Vaters kam ich 1933 nach Landshut und im September 1934 nach München. Hier besuchte ich vier Jahre die Volksschule, anschliessend war ich neun Jahre Schüler des Maximiliansgymnasiums zu München. Am 17. Juli 1952 erhielt ich dort das Reifezeugnis.

Von 1952 an studierte ich an der Universität München zunächst ein Semester Mathematik und Physik, dann acht Semester Rechtswissenschaft, und legte am 6. August 1957 an dieser Hochschule die erste juristische Staatsprüfung ab. Seit dem 10. September 1957 stehe ich in München im Vorbereitungsdienst als Rechtsreferendar. Im Rahmen dieser Ausbildung belegte ich im Sommer 1959 ein Semester an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer.

